

Organisasjonsplikt-klausuler og den negative foreningsfriheten etter EMK art. 11

Kandidatnummer: 124

Veileder: Marius Emberland

Leveringsfrist: 1/6 2006

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 39 323 ord

03.07.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	Problemstilling og aktualitet	5
1.2	Metode og kilder	10
1.2.1	Metoden	10
1.2.2	Kilder	11
1.3	Den videre fremstilling	14
<u>2</u>	<u>ORGANISASJONSPLIKTKLAUSULER PÅ ARBEIDSMARKEDET</u>	<u>15</u>
2.1	Hva slike klausuler typisk går ut på	15
2.2	Mulige grunner til at organisasjonspliktklausuler inngås	17
2.3	Kort om hensyn mot organisasjonspliktklausuler	18
<u>3</u>	<u>UTBREDELSE OG RETTSSTILLING I NORGE</u>	<u>19</u>
3.1	Innledning	19
3.2	Historisk utbredelse	20
3.3	Rettsstilling	21
3.4	Menneskerettsloven	25
<u>4</u>	<u>HVILKE FORENINGER ER VERNET AV ART. 11?</u>	<u>28</u>
4.1	Innledning	28
4.2	Forenlig med demokratiet	29

4.3	Unntak for visse grupper	29
4.4	Unntak for ”offentligrettslige institusjoner”	29
<u>5</u>	<u>STATENS ROLLE</u>	<u>33</u>
5.1	Det er staten som har forpliktelsene etter EMK	33
5.2	Staten som kanalisator	35
5.3	Situasjonen når det offentlige er arbeidsgiver	41
5.4	Oppsummering	42
<u>6</u>	<u>DOMSTOLENS VURDERING AV OM ORGANISASJONSPLIKTKLAUSULER UTGJØR INNGREP I EMK ART. 11</u>	<u>43</u>
6.1	Om ordlyden som rettskilde	43
6.2	Fravikelse av forarbeidene	44
6.3	Kjerneområdet av art. 11	47
6.4	Det tidsmessige aspekt	49
6.5	Det tvangsmessige aspekt (tap av inntektsgrunnlag)	53
6.6	Det holdningsmessige aspekt (meningstvang)	57
6.7	Oppsummering	62
<u>7</u>	<u>DOMSTOLENS NØDVENDIGHETSVURDERING</u>	<u>64</u>
7.1	Innledning	64
7.2	Det nasjonale arbeidsmarked	71
7.3	Kontroll- og reguleringsbehov	78

7.4	Hensynet til den positive foreningsfrihet	80
7.5	Europeisk utvikling (rettsenhet)	86
7.6	Andre internasjonale konvensjoner	90
7.7	Nasjonale myndigheters skjønnsmargin	93
7.8	Oppsummering	100
<u>8</u>	<u>HVORDAN KAN EMDS FREMGANGSMÅTE FORSTÅS?</u>	<u>102</u>
8.1	Innledning	102
8.2	Tolkningsprinsipper	103
8.2.1	Effektivitetsprinsippet	103
8.2.2	Dynamisk tolkning	105
8.2.3	EMKs formål	109
8.3	Nærmere om EMKs verdier og formål	111
8.3.1	Individuell verdighet ("dignity")	111
8.3.2	Demokrati	116
8.4	Oppsummering	120
<u>9</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>122</u>

TAKK

Det er mange som har bidratt til å gjøre arbeidet med denne avhandlingen til en stor fornøyelse.

For det første vil jeg takke veilederen min, førsteamanuensis Marius Emberland, ved Norsk senter for menneskerettigheter. Han har gitt uvurderlig veiledning, inspirasjon og oppmuntring gjennom hele skriveprosessen.

Jeg vil rette en takk til institusjonen Fritt Ord for økonomisk støtte til å skrive denne avhandlingen. En takk går også til Norsk senter for menneskerettigheter, for økonomisk støtte, skriveplass og adgang til deres ressurser.

Jeg takker min far Sveinung, som har lest et utkast til avhandlingen og kommet med verdifulle innspill, og min mor Kirsten, for å ha lest korrektur.

Sist men ikke minst, vil jeg takke min samboer Linda og min sønn Brage, for moralsk støtte og forståelse gjennom skriveprosessen.

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Denne avhandlingens har som formål å drøfte sentrale aspekter ved forholdet mellom organisasjonspliktklausuler og den såkalte negative foreningsfrihet slik denne er sikret i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (forkortet EMK eller Konvensjonen) artikkel 11.¹ Bestemmelsen lyder i autentisk engelsk versjon:

“Everyone has the right to...freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests”.

I den norske offisielle oversettelsen inntatt i menneskerettsloven har bestemmelsen følgende ordlyd: *”Enhver har rett til ... frihet til forening med andre, herunder rett til å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser”.*

Kort sagt er den negative organisasjonsfrihet retten til å forbli uorganisert eller til å velge bort en organisasjon man er medlem av til fordel for en annen. Hvis det eksisterer avtaler eller lovgivning (organisasjonspliktklausuler) som pålegger individer å være medlem av en eller flere bestemte foreninger, nyter de berørte individene ikke godt av negativ foreningsfrihet.

Den negative organisasjonsfrihet er, i hvert fall begrepsmessig, motsetningen til den positive organisasjonsfrihet (også kalt foreningsfrihet eller foreningsrett). Begrepene blir brukt om hverandre i denne fremstillingen. Det hører til de grunnleggende demokratiske friheter og menneskerettigheter at den enkelte fritt kan slutte seg sammen med andre i foreninger. Hvorvidt den negative siden av denne rettighet nyter det samme vern etter EMK som den positive, er omstridt og må anses uklart.

¹ EMK art. 11 behandles generelt i bl.a. Danelius s. 335 flg, Van Dijk og van Hof s. 586 flg, Frowein og Peukert s. 409 flg, Harris, OBoyle og Warbrick s. 417 flg, Jackobs og White s. 290 flg, Janis m.fl. s. 217 flg, Møse s. 484 flg, og Lorentzen m.fl s. 483 flg.

I art. 20 (2) i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter (heretter FNs verdenserklæring eller Verdenserklæringen) er den negative foreningsfrihet inntatt som egen rettighet. Ifølge bestemmelsen kan ingen kan tvinges til å tilhøre en forening, eller som det heter i den offisielle engelske versjonen av erklæringen: *"No one may be compelled to belong to an association"*.² Verdenserklæringen ble vedtatt av FNs generalforsamling 10. desember 1948. Den har definitivt hatt stor betydning for utviklingen av det internasjonale vern om menneskerettighetene, ikke minst som inspirator for menneskerettskonvensjoner som EMK.³ Men den er et politisk dokument som ikke i seg selv er rettslig bindende.⁴

Etter sin ordlyd beskytter ikke EMK art. 11 (1) retten til å stå utenfor eller melde seg ut av foreninger. EMK art. 11 beskytter etter ordlyden kun den positive foreningsfrihet. Dette er ikke tilfeldig. Retten til negativ foreningsfrihet ble bevisst utelatt fra konvensjonen da den ble fremforhandlet. Bakgrunnen for dette var ifølge forarbeidene til EMK utbredelsen av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet i en del av Europarådets medlemsstater på den tiden.⁵ I forarbeidene til art.11 anføres det blant annet:

"On account of the difficulties raised by the 'closed-shop system' in certain countries, the Conference in this connection considered that it was undesirable to introduce into the Convention a rule under which 'no one may be compelled to belong to an association' which features in [article 20 § 2] of the United Nations Universal Declaration".⁶

² Hvorvidt Verdenserklæringen art. 20 (2) også var ment som et forbud mot organisasjonspliktklausuler er uklart. Spørsmålet var gjenstand for intense diskusjoner forut for vedtakelsen av Verdenserklæringen, jf Johannes Morsink: *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*. Philadelphia 1999, s 65-69 og 174-181. Jeg går ikke nærmere inn i denne diskusjonen her.

³ Jf. EMKs foretale, første preambulære setning, hvor det heter *"Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948"*.

⁴ Bakgrunnen for dette er at den ble vedtatt ved generalforsamlingsresolusjon. En annen ting er at enkelte mener at Verdenserklæringen i lys av den senere utvikling har fått rettslig karakter som uttrykk for folkerettslig sedvanerett, men dette spørsmålet er omstridt. Jeg går ikke nærmere inn i denne diskusjonen.

⁵ Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires", vol. IV s. 262.

⁶ Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires", vol. IV s. 26.

Beskyttelse av den negative foreningsfrihet kunne komme i konflikt med arbeidsmarkedsregulering i en rekke medlemsstater i det nyopprettede Europarådet.⁷ Hadde traktatens forfattere latt bestemmelsen omfatte også den negative foreningsfriheten, måtte eksempelvis Storbritannia ha tatt forbehold ved ratifikasjon av art. 11.⁸ Konvensjonsforfatterne valgte derfor å overlate temaet til nasjonal regulering.⁹

En tilsvarende tilbakeholdenhet gjorde seg også gjeldende i 1966, ved vedtakelsen av de to generelle FN-konvensjoner om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Også disse konvensjonene fastslår etter sin ordlyd bare den positive foreningsfrihet.¹⁰ Heller ikke ordlyden i Den europeiske sosialpakt art. 5 omfatter i utgangspunktet den negative foreningsfrihet.¹¹ Imidlertid er art. 5 i praksis tolket til også å verne om den negative foreningsfrihet. Sosialpaktens regulering og betydningen av dette for diskusjonen av rekkevidden av EMKs forpliktelser behandles nærmere i kapittel 7.6.

Til tross for ordlyden i art. 11 og uttalelser i forarbeidene har Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter omtalt som EMD eller Domstolen) tolket EMK art. 11 til også å omfatte den negative organisasjonsrett.¹² Dette skjedde første gang i 1981 i plenumsavgjørelsen *Young, James og Webster mot Storbritannia* (også omtalt som *British Rail-dommen*). EMD fant her at art. 11 etter de konkrete omstendigheter også beskyttet den negative foreningsfrihet. Domstolen fant det unødvendig å ta stilling til om den negative organisasjonsfrihet generelt var vernet etter EMK. I avgjørelsen *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* fra 1993 uttalte imidlertid EMD for første gang: “Accordingly, Article 11 must be viewed as encompassing a negative right of association.”¹³ Etter dette ble det klart at også den negative foreningsfrihet generelt kunne sies å være omfattet av konvensjonen.

⁷ Ibid.

⁸ *Young, James and Webster mot Storbritannia*, dom 13. august 1981, Series A 44, dissenterende uttalelse av dommer Sørensen i avsnitt 4.

⁹ Ibid.

¹⁰ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 20, og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter art. 8.

¹¹ Den europeiske sosialpakten, av 18. okt. 1961. Jf. også Den reviderte europeiske sosialpakt av 3. mai 1996.

¹² Jf. *Young, James and Webster mot Storbritannia*, se avsnitt 52. Avgjørelsen er senere fulgt opp i *Sibson mot Storbritannia*, dom 20. april 1993, Series A 258, *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*, dom 30. juni 1993, Series A 264 og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*, dom av 11. 01. 2006, upublisert

¹³ Avsnitt 35.

EMD er for alle praktiske formål konvensjonens autoritative fortolker på det internasjonale plan og det organ som i størst grad, gjennom sin omfattende domstolspraksis i løsningen av enkelttvister, har kommet med retningsgivende synspunkter på hvordan EMKs ulike rettigheter skal forstås. EMDs dommer er bindende for den innklagede stat, og av stor betydning også for andre stater som har ratifisert EMK. Avgjørelser fra Domstolen vil derfor være en sentral rettskilde ved tolkningen av EMK, både når EMD skal tolke konvensjonen og når tolkningen skjer i de nasjonale domstoler.

Etter praksis fra EMD er det altså utvilsomt at også den negative foreningsfrihet i utgangspunktet kan være beskyttet av EMK. Domstolen har likevel ennå ikke tatt stilling til om den negative foreningsfriheten kan anses vernet i samme utstrekning som den positive foreningsfriheten. I *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* uttalte EMD: *“It is not necessary for the Court to determine in this instance whether this right is to be considered on an equal footing with the positive right”*.¹⁴ I en sentral storkammeravgjørelse fra 2006, *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*, uttalte Domstolen:

“The Court does not in principle exclude that the negative and the positive aspects of the Article 11 right should be afforded the same level of protection in the area under consideration. However, it is difficult to decide this issue in the abstract since it is a matter that can only be properly addressed in the circumstances of a given case”.¹⁵

Det har altså skjedd en rettsutvikling på området. Fra å være bevisst utelatt fra konvensjonen, er den negative foreningsfrihet gjennom EMDs praksis gitt et betydelig konvensjonsvern. Et viktig formål med avhandlingen er å analysere hvordan og hvorfor denne rettsutviklingen har funnet sted, og rekkevidden av de forpliktelser denne rettsutviklingen innebærer for de stater som har sluttet seg til konvensjonen.

¹⁴ Avsnitt 35.

¹⁵ Avsnitt 56.

Domstolen har på den annen side ikke gitt uttrykk for at organisasjonspliktklausuler som sådan strider mot art. 11 eller noen andre bestemmelser i EMK. Spørsmålet om hvorvidt organisasjonspliktklausuler lar seg beskytte etter EMK bærer fremdeles preg av en viss rettsusikkerhet. Svaret på hvor langt EMK beskytter den negative foreningsfriheten vil avhenge av de konkrete omstendigheter i den enkelte sak, slik Domstolen som nevnt påpekte i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.¹⁶

Avhandlingen har tre formål. For det første søker avhandlingen å plassere problemstillingen med organisasjonspliktklausuler i forhold til den negative foreningsfrihet etter EMK art. 11 i en relevant kontekst. Særlig vil jeg forsøke å plassere problemstillingen i en norsk kontekst, men jeg vil også komme inn på forholdene i enkelte andre land, særlig vårt naboland Danmark hvor debatten synes å ha vært særlig aktuell de senere år. I denne sammenheng er det også et formål å belyse hvilke foreninger som er vernet etter art. 11.

For det andre vil avhandlingen gi en innføring i rettsområdet negativ foreningsfrihet etter EMK, som ikke tidligere har vært behandlet i norsk rettsvitenskap i særlig grad. Herunder vil jeg analysere rettskildebildet på området og vurdere hvilke sentrale momenter som vil være avgjørende for hvorvidt organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet de lege lata er forenlig med EMK. EMDs avgjørelser bygger ofte på konkrete og sammensatte vurderinger, der flere momenter trekkes frem, uten at det i alle tilfeller fremgår hvilke momenter som er nødvendig for resultatet. Det er derfor en utfordring å finne avgjørelsenes bærende elementer eller utlede mer generelle prinsipper. Å finne de bærende elementer er altså et sentralt formål med denne avhandlingen.

For det tredje vil jeg analysere Domstolens praksis på området, vurdert opp mot enkelte av de underliggende verdier EMK bygger på. Herunder vil jeg vurdere i hvilken grad Domstolens praksis på den negative foreningsfrihetens område er egnet til å gjennomføre disse sentrale formål med konvensjonen.

¹⁶ Avsnitt 56.

For å svare på disse problemstillingene er det nødvendig å komme inn på en rekke andre underliggende problemstillinger: Er organisasjonspliktklausuler så utdaterte og så problematiske i forhold til den negative foreningsfriheten at de uten videre må anses uforenlige med EMK art. 11, eller kan de aksepteres i enkelte tilfelle? I hvilke situasjoner er organisasjonspliktklausuler i så fall forenlig med EMK? Hvilken betydning har læren om statenes skjønnsmargin for nødvendighetsvurderingen art. 11 (2) gir anvisning på?¹⁷ Hvilken betydning har den rettsutvikling som har foregått på det nasjonale plan innenfor EMKs geografiske virkeområde for vurderingen av om organisasjonspliktklausuler står seg i forhold til EMK art. 11? Kan en anlegge en dynamisk tolkning av konvensjonen,¹⁸ og tolke art. 11 på tross av bestemmelsens ordlyd og uttalelser i forarbeidene? Denne oppgaven skal belyse disse spørsmål.

1.2 Metode og kilder

I dette avsnittet redegjør jeg for de kilder som benyttes og den metode som anvendes i avhandlingen.

1.2.1 Metoden

Analysene i denne avhandlingen er deskriptive og rettsdogmatiske, i den forstand at de tar sikte på å beskrive hva EMD legger til grunn i sin praksis når det gjelder spørsmålet om i hvilken utstrekning organisasjonspliktklausuler er forenlig med art. 11. Det foretas som utgangspunkt ikke normative vurderinger av hvordan EMD bør forholde seg til denne problemstillingen. Imidlertid vil jeg i avhandlingens kapittel 8 komme med enkelte vurderinger av i hvilken grad Domstolens praksis på den negative foreningsfrihets område ivaretar enkelte av de grunnleggende verdier konvensjonen bygger på. Slik sett har fremstillingen også elementer av normativ betydning, uten at dette kan sies å være hovedformålet med den.

¹⁷ Læren om statenes skjønnsmargin behandles nærmere i avhandlingens kapittel 7.7.

¹⁸ Dynamisk tolkning kommer jeg nærmere tilbake til i avhandlingens kapittel 8.2.2.

Ettersom avhandlingen har et rettsdogmatisk utgangspunkt, vil EMKs egen særskilte kilde- og metodelære være sentrale verktøy.¹⁹

Wien-konvensjonen om traktatretten og dens artikler 31, 32 og 33 danner utgangspunktet for tolkning av EMK.²⁰ Domstolen har selv fastslått dette, og samtidig vist at den tar hensyn til de tolkningsprinsipper som følger av Wien-konvensjonen.²¹

Domstolen har lagt til grunn at EMK har enkelte særtrekk som skiller den fra mange andre folkerettslige traktater.²² I den forbindelse har Domstolen utviklet egne tolkningsprinsipper som supplerer det som følger av Wien-konvensjonen. Disse prinsippene er sentrale verktøy for forståelsen av konvensjonens ulike ord og uttrykk. Av særlig betydning for denne avhandlingen er formålstolkning og effektivitetsprinsippet, prinsippet om dynamisk tolkning, proporsjonalitetsprinsippet og prinsippet om statenes skjønnsmargin. Jeg vil komme tilbake til betydningen av disse prinsippene en rekke steder i avhandlingen, og vil derfor ikke introdusere dem nærmere her.

1.2.2 Kilder

Analysene i avhandlingen bygger på en rekke kilder. Hovedkilden for enhver rettsdogmatisk orientert analyse av EMK art. 11 vil selvsagt i prinsippet være konvensjonsteksten.

Utgangspunktet for konvensjonstolkning er den ordlyd som ut fra en alminnelig språklig

¹⁹ For nærmere om tolkningen av EMK se Frode Elgesem, *Tolkning av EMK- Menneskerettighetsdomstolens metode*. I: Lov og Rett, 2003, s 203-231, og Frantz Matscher, *Methods of Interpretation of the Convention*. I: Macdonald m.fl. *The European system for the Protection of Human Rights*. Haag. 1993, s. 63-83.

²⁰ Jf. *Golder mot Storbritannia*, dom 21.februar 1975, Series A 18, avsnitt 29-36. Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 er utgangspunktet for tolkning av traktater. Denne konvensjonen er ikke ratifisert av Norge. Det er imidlertid en alminnelig oppfatning at konvensjonens regler er bindende i form av å være sedvanebase. For nærmere om forholdet mellom EMK og Wien-konvensjonen vises det eksempelvis til Francois Ost, *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*. I: Mireille Delmas-Marty (red): *The European Convention for Protection of Human Rights, International Protection versus national Restrictions*, 1992, s 283-318.

²¹ Jf. eksempelvis *Al-Adsani mot Storbritannia*, avsnitt 55.

²² Jf. eksempelvis *Bankovic m.fl. mot Belgia m.fl.*, avvisningskjennelse 12. desember 2001, Reports 2001-XII, avsnitt 57, hvor EMD uttaler at man må være ”mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty”. Uttalelsen kan tolkes dit at EMK medfører en modifisering av suverenitetsprinsippet i forhold til andre folkerettslige traktater.

forståelse kan utledes av den aktuelle bestemmelse, her EMK art. 11.²³ Men ettersom den negative foreningsfriheten mangler direkte forankring i konvensjonens tekst, vil en bare indirekte kunne si at teksten danner et utgangspunkt for denne fremstillingens drøftelser. Snarere vil fraværet av uttrykkelig regulering i ordlyden kunne sies å være en relevant kilde.

Rettsavgjørelser fra EMD er en sentral kilde for avhandlingens diskusjoner. Det er i første rekke i EMDs tolkningspraksis i enkeltsaker mellom privatpersoner og stater at beskyttelsen av den negative organisasjonsrett er blitt utformet. For å belyse min hovedproblemstilling om organisasjonspliktklausuler i forhold til den negative foreningsfrihet etter EMK art. 11, bygger jeg i stor grad på dommer fra EMD hvor den negative siden av foreningsfriheten har vært drøftet. Gjennom en analyse av disse dommene, vil jeg belyse hvordan denne rettighet er utviklet, og i hvilken grad organisasjonspliktklausuler de lege lata kan anses forenlig med art. 11. Herunder vil jeg belyse de momenter som er tillagt vekt når EMD tar stilling til om den negative organisasjonsrett er krenket eller ei.

For å illustrere generelle poenger ved EMDs tolkning vil jeg også trekke inn praksis om andre artikler enn art. 11. I den grad det er hensiktsmessig for å illustrere enkelte poenger i avhandlingens drøftelser, vil også avgjørelser fra EMDs tidligere siletingsorgan – Den europeiske menneskerettighetskommisjon (Kommisjonen) – bli trukket inn i fremstillingen.²⁴

Relevant norsk domstolspraksis behandles i avhandlingens kapittel 3. Som det der vil fremgå, er denne praksis bare i begrenset grad egnet til å gi informasjon om hvordan rettstilstanden er under EMK artikkel 11, også når den forstås som norsk lov. En kan ikke utelukke at problematikken som omhandles i denne avhandlingen har vært behandlet av nasjonale domstoler i andre av Europarådets medlemsstater. Jeg avgrenser av hensyn til avhandlingens omfang mot en behandling av utenlandske nasjonale domstolars avgjørelser på området.

²³ Jf. Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 art. 31. Konvensjonen trådte i kraft 27. januar 1980. Norge er ikke part til konvensjonen.

²⁴ Kommisjonen ble med EMK tilleggsprotokoll (P) 11, som trådte i kraft 1. november 1998, avviklet. De funksjoner som tidligere var fordelt mellom to konvensjonsorganer er nå lagt til ett permanent rettslig organ som er EMD.

Selv om avhandlingens problemstilling handler om vernet av den negative foreningsfrihet etter en bestemt folkerettslig avtale (EMK), betyr ikke dette at andre folkerettslige konvensjoner er uten betydning. Dette har sammenheng med at EMD selv anvender andre konvensjoner som kilder for sin tolkningsvirksomhet.²⁵ EMD har flere ganger lagt til grunn at EMK ikke kan tolkes i et folkerettslig vakuum,²⁶ altså uavhengig av annen folkerett. I *Fogart.y mot Storbritannia* uttalte EMD for eksempel på generelt grunnlag at ”*The Convention should so far as possible be interpreted with other rules of international law of which it forms part.*”.²⁷ Andre konvensjoner kan ha betydning for tolkningen av EMK. Eksempelvis anvender EMD på arbeidslivsområdet både Den europeiske sosialpakt, EF-Charteret (EUs fellekapspakt om arbeidstakernes grunnleggende sosiale og arbeidsmessige rettigheter) og enkelte ILO-konvensjoner, så vel som tolkningsspraksis etter disse konvensjonene som momenter ved tolkning av bestemmelser i EMK.²⁸ Andre konvensjoner og praksis etter disse vil derfor også utgjøre relevant kildemateriale for fremstillingen.

Også konvensjonens forarbeider, juridisk litteratur og praksis i medlemslandene på organisasjonsfrihetens område vektlegges av EMD når den avgjør konkrete tvister.²⁹ Disse kilder vil derfor også være relevant i denne avhandling. Jeg har begrenset meg til skandinaviskspråklig og engelskspråklig litteratur. Praktiseringen av organisasjonspliktklausuler i andre europarådsstater har ikke vært klarlagt på generelt grunnlag, og det faller ikke naturlig å gjøre dette innenfor denne avhandlingens rammer. Jeg har likevel nevnt enkelte eksempler på nasjonal praktisering til illustrasjon underveis.

²⁵ Temaet behandles nærmere blant annet i Rudolf Bernhardt, *Comparative law in the interpretation and application of the European Convention on Human Rights*. I: *Mainly human rights: studies in honour of J.J. Cremona*. 1999. s. 33-40.

²⁶ Jf. eksempelvis *Al-Adsani mot Storbritannia*, dom 21. november 2001, Reports 2001-XI, avsnitt 55.

²⁷ *Fogart.y mot Storbritannia*, dom 21. november 2001, Reports 2001-XI, avsnitt. 35. Saken gjaldt spørsmålet om ”access to court”, jf. art. 6 og art. 14 om forbud mot diskriminering.

²⁸ Norge har ratifisert både Den europeiske sosialpakt og ILO-konvensjoner nr. 87 og 98, som alle regulerer organisasjonsfriheten. I avgjørelsen *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* avsnitt 35 og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* avsnitt 72-74 viser Domstolen til flere konvensjoner som verner organisasjonsfriheten og praksis etter disse som kilder ved tolkningen av EMK art. 11.

²⁹ Se kapittel 7.5 for en nærmere behandling av dette.

1.3 Den videre fremstilling

Innledningsvis er det hensiktsmessig å si noe generelt om organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet (kapittel 2). I kapittel 3 gis en oversikt over klausulenes utbredelse og rettsstilling i Norge for å illustrere avhandlingens aktualitet i forhold til norsk rett. I kapittel 4 vil jeg redegjøre for hvilke foreninger som er vernet etter EMK art. 11. Dette er en sentral avgrensning. I kapittel 5 vil jeg behandle spørsmålet om hvem som er forpliktet etter EMK, forpliktelsens art. og hvilken betydning svarene på disse spørsmål har for avhandlingens problemstilling. I kapittel 6 behandler jeg de momenter Domstolen har vektlagt når den i konkrete saker har vurdert om organisasjonspliktklausuler kan sies å utgjøre et inngrep i EMK art. 11. I kapittel 7 vurderer jeg hvorvidt organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet kan opprettholdes selv om de skulle utgjøre inngrep i art. 11. Forutsetningen må i så fall være at inngrepsvilkårene i art. 11 (2) er oppfylt. I kapittel 8 forsøker jeg å forklare og problematisere Domstolens ”aktive” fremgangsmåte på området for den negative foreningsfrihet. Herunder ser jeg på hvilke formål og verdier som konvensjonen bygger på og vurderer i hvilken utstrekning Domstolens praksis på den negative foreningsfrihetens område ivaretar disse. Kapittel 9 er avhandlingens avslutning. Her forsøker jeg å oppsummere avhandlingens hovedfunn samt å trekke konklusjoner.

Samlet sett er dette ment å gi innsikt i sentrale aspekter ved forholdet mellom organisasjonspliktklausuler og den såkalte negative foreningsfrihet slik denne er sikret i EMK art. 11.

2 Organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet

I dette avsnittet skal jeg kort forklare nærmere hva organisasjonspliktklausuler er og hvorfor de inngås. Dette gjøres for å avgrense avhandlingens problemstilling og presentere bakgrunnskunnskap som kan tjene til utvidet forståelse av avhandlingens drøftelser.

2.1 Hva slike klausuler typisk går ut på

Avtalefestede organisasjonspliktklausuler

En organisasjonspliktklausul (også omtalt som ”closed shop”-avtale eller eksklusivavtale) er typisk en avtale mellom en eller flere arbeidsgivere og arbeidstakerorganisasjoner om at arbeidsgiveren kun skal ansette personer som er medlem av den aktuelle arbeidstakerforening. Det er med andre ord et vilkår for ansettelse ved arbeidsplassen å være eller bli medlem i en bestemt arbeidstakerforening. Organisasjonspliktklausuler av denne type forelå eksempelvis i *British Rail*-avgjørelsen og dommen i saken *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.

Hvis organisasjonspliktklausulen inngås etter at arbeidstaker ble ansatt, kan innmeldelse i fagforeningen være et vilkår for fortsatt ansettelse. Likeledes kan arbeidsgiver si opp ansatte dersom de melder seg ut av fagforeningen etter ansettelsen.

Lovbestemte organisasjonspliktklausuler

Også et lovbestemt vilkår om medlemskap i en bestemt organisasjon for å utøve en bestemt profesjon kan utgjøre en organisasjonspliktklausul. Altså er det ikke bare lønnsinntakere som kan bli møtt med slike vilkår. Problemstillingen er også aktuell for en rekke av de såkalte liberale yrker, eksempelvis leger, tannleger og advokater. Situasjonen kan være at det eksisterer et lovbestemt krav om at alle som skal utøve en bestemt profesjon må være organisert i en bestemt forening. En organisasjonspliktbestemmelse av denne type forelå i *Sigurdur A. Sigurjónsson mot*

Island. Island hadde et lovbestemt krav til drosjesjåfører om medlemskap i en forening for drosjesjåfører (Frami).

For denne avhandlingens formål er følgende kriterium egnet for å avgjøre om noe kan karakteriseres som en organisasjonspliktklausul: Vil manglende oppfyllelse av krav om medlemskap av en bestemt forening reelt virke begrensende med hensyn til å kunne få eller bevare ansettelse ved en bestemt virksomhet, eller med hensyn til å kunne utøve sitt erverv eller drive virksomhet? Hvis spørsmålet besvares positivt, foreligger en organisasjonspliktklausul slik jeg anvender begrepet.

Tariffavgift

Tariffavgift er en avart av organisasjonspliktklausuler som i utgangspunktet ikke forplikter de ansatte i en bedrift å bli medlemmer av en arbeidstakerorganisasjon. Tariffavgiften innebærer at uorganiserte må betale en avgift til organisasjonen for de fordeler som forhandles frem på deres vegne i en bedrift/bransje. Slike avgifter blir i de landene hvor de er utbredt ofte kalt "fair share fees"(rettferdig eller berettiget organisasjonsavgift) eller "solidaritetsavgift". Ofte innebærer denne ordningen at arbeidsgiver trekker avgiften fra de uorganisertes lønn, men det finnes også versjoner hvor trekk gjøres avhengig av de uorganisertes samtykke. Ulike varianter av tariffavgift blir i dag praktisert i en rekke land, eksempelvis USA og Canada. Av europeiske land med varianter av slike ordninger har vi blant annet Sveits og Spania.³⁰ Også i Norge har spørsmålet om tariffavgift vært diskutert

Sondringen mellom det som omtales som organisasjonspliktklausuler og det som omtales som ulike former for tariffavgifter er ikke skarp. Enkelte former for tariffavgifter vil eksempelvis også kunne være organisasjonspliktklausuler, slik jeg anvender begrepet. Jeg avgrenser i det følgende mot andre avtaleklausuler og lovbestemte krav om organisasjonsmedlemskap enn de som kan karakteriseres som organisasjonspliktklausuler etter min definisjon. Dette innebærer at

³⁰ Jf, Alexandre Berenstein og Pascal Mahon: *Labour Law in Switzerland*. Haag, 2001 og Antonio Martin Valverde: *European Employment and Industrial Relations Glossary: Spain*. London, 1991.

tariffavgifter som ikke anses som organisasjonspliktklausuler etter min definisjon faller utenfor denne avhandlingen.³¹

2.2 Mulige grunner til at organisasjonspliktklausuler inngås

Det kan være ulike årsaker til at organisasjonspliktklausuler inngås. Her skal noen av dem kort nevnes. Begrunnelsen for organisasjonsplikten vil kunne variere mellom de situasjoner hvor plikten er avtalefestet og der den er lovfestet.

Avtalefestede organisasjonspliktklausuler er normalt begrunnet i avtalepartenes behov. Det kan hende at to rivaliserende fagforeninger utøver press overfor arbeidsgivere i konkurransen om medlemmer. Situasjonen kan være at en mektig fagforening utøver press overfor arbeidsgivere for å kvitte seg med konkurrerende fagforeninger på en bestemt arbeidsplass. Det kan også tenkes at den angjeldende fagforeningen ikke avfinner seg med at det finnes uorganiserte arbeidstakere ved bedriften, og at de via press på bedriften ønsker å fremtvinge organisering. De fagorganiserte vil kunne føle det urettferdig at uorganiserte skal nyte godt av de fordeler fagforeningen oppnår uten å selv bidra. Men også bedrifter kan være interessert i at arbeidstakerne er organisert i samme fagforening. Dette kan blant annet gjøre det lettere å føre forhandlinger om lønn og andre arbeidsforhold. En sterk fagforening og bedriften kan således ha sammenfallende interesser i å motvirke at andre fagforeninger får fotfeste i bedriften.

Lovbestemte krav om organisasjonsmedlemskap er ofte begrunnet ut fra myndighetenes behov for kvalitetskontroll og styring av profesjonsgrupper som benytter en bestemt tittel og/eller innehar en særlig tillatelse av stor samfunnsmessig betydning. Eventuelt kan de ulike profesjonsforeningenes behov for styring og kontroll med profesjonsutøverne være den sentrale begrunnelse. Et lovbestemt krav om medlemskap i nasjonale advokatforeninger kan for eksempel være et viktig verktøy for å sikre at de som bruker advokattittelen holder den nødvendige standard. Dette kan være i både myndighetenes og profesjonens interesse.

³¹ EMD skal i juni 2006 behandle saken *Evaldsson m.fl mot Sverige* som omhandler spørsmål om en form for tariffavgift står seg i forhold til bl.a. EMK art.11. Om saken, se <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=7&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=7221920&skin=hudoc-pr-en>

Jeg kommer nærmere tilbake til de forhold som begrunner organisasjonspliktklausuler under drøftelsene i kapittel 7.

2.3 Kort om hensyn mot organisasjonspliktklausuler

Det forhold som taler mot organisasjonspliktklausuler er særlig hensynet til individenes selvbestemmelse. Organisasjonspliktklausuler utsetter individene for et sterkt press som ofte kan oppleves som tvang.

Hvis individet bøyer seg for organisasjonspliktklausulen og tilslutter seg foreningen, kan dette reelt utgjøre meningstvang dersom fagforeningen er tett knyttet til bestemte politiske partier. Individet kan ha sterke motforestillinger mot foreningens politikk eller den politikk foreningen støtter. Tvunget medlemskap i en fagforening kan reelt sett innebære en økonomisk, praktisk, ideologisk eller symbolsk støtte til et bestemt politisk parti og dets politikk. Dette kan være problematisk for arbeidstakere som sympatiserer med andre partier og andre politiske standpunkt. De kan også ha andre holdningsmessige motforestillinger mot medlemskap.

En som ikke bøyer av for organisasjonsplikten vil som regel bli utelukket fra den stillingen han eller hun søker, eller miste sin stilling dersom han eller hun melder seg ut av foreningen etter å ha oppnådd ansettelse. I den ytterste konsekvens kan det berørte individ nærmest bli utestengt fra arbeidsmarkedet hvis han eller hun ikke vil akseptere organisasjonspliktklausulen. Dette kan være konsekvensen dersom organisasjonspliktklausuler er utbredt innen bestemte bransjer i det området arbeidstakeren søker arbeid, eller dersom organisasjonsplikt er et lovfestet vilkår for å utøve en bestemt profesjon.

Organisasjonspliktklausuler kan oppleves særlig inngripende for dersom de introduseres som et etterfølgende vilkår etter at arbeidstakeren allerede har oppnådd ansettelse eller profesjonsutøveren har startet opp sin virksomhet.

Jeg kommer nærmere tilbake til mothensyn under drøftelsene i kapittel 7.

3 Utbredelse og rettsstilling i Norge

For å illustrere temaets aktualitet i norsk rett er det innledningsvis hensiktsmessig å redegjøre for organisasjonspliktklausulenes utbredelse på det norske arbeidsmarkedet og å drøfte klausulene i forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser. Jeg vil også komme inn på betydningen av at EMK, herunder EMK art. 11, er gjort til norsk lov.

3.1 Innledning

Organisasjonsfriheten har ikke vært lovfestet i generell form i Norge, heller ikke på arbeidsrettens område. Det har i årenes løp flere ganger vært fremsatt forslag om å lovfeste den. Ingen av forslagene har ledet frem.³² Det alminnelige utgangspunkt har i Norge likevel vært at den positive organisasjonsfriheten er ansett for å være en del av norsk rett. Selv om organisasjonsfriheten ikke er grunnlovsfestet i Norge, er det vanlig å anta at den i en viss forstand nyter et forfatningsrettslig vern.³³ I Rt 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp) uttalte førstvoterende på side 1425 følgende: *”Den enkelte arbeidstakers rett til å velge å være organisert har lenge vært anerkjent som et grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsrett”*.

Det har vært og er fortsatt mer uklart hvor langt vernet for den negative organisasjonsfrihet strekker seg i norsk rett. Organisasjonsfriheten er et uttrykk for den alminnelige handlefrihet og avtalefrihet, og slik sett heller ikke til hinder for organisasjonspliktklausuler.

I det følgende vil jeg gi en kort historisk oversikt over bruken av organisasjonspliktklausuler på det norske arbeidsmarkedet, og presentere noen gjeldende lovbestemmelser som kan ha betydning for diskusjonen om rekkevidden av EMK art. 11.

³² Det siste forslag ble fremsatt i Dok.nr.8-36 (1998-99) av to stortingsrepresentanter for Fremskrittspartiet.

³³ Denne problemstilling behandles nærmere i bl.a. Andenæs, s. 326, Helset/Stordrange, s. 390 og Rt 1997 s. 1821 på s. 1833 og s. 1836-1837, sml også Mæland s. 467.

3.2 Historisk utbredelse

I Norge har ikke organisasjonspliktklausuler vært særlig utbredt og langt sjeldnere enn i andre skandinaviske land og Storbritannia. Den beskjedne utbredelse kan nok ha sin praktiske årsak i § 2-1 i Hovedavtalen mellom LO (Landsorganisasjonen) og NHO (Næringslivets Hovedorganisasjon). Hovedavtalens § 2-1 lyder:

*”Næringslivets Hovedorganisasjon og Landsorganisasjonen i Norge anerkjenner gjensidig arbeidsgivernes og arbeidstakernes frie foreningsrett.”*³⁴

Ordlyden er uklar i forhold til om også den negative organisasjonsfrihet er beskyttet. Hovedavtalen § 2-1 er imidlertid av partene forstått slik at den slår fast at partene gjensidig anerkjenner den frie foreningsrett og også retten til å være uorganisert. Hovedorganisasjonene var allerede i 1954 enige om at det fulgte av den dagjeldende hovedavtale § 1 (som tilsvarer dagens § 2-1) at det var:

*”i strid med et grunnleggende prinsipp i samarbeidet mellom hovedorganisasjonene, hvis ansettelse eller beskjeftigelse av arbeidstaker blir søkt hindret eller vanskeliggjort fordi arbeidstakeren eller bedriften er organisert eller uorganisert”.*³⁵

Denne forståelsen er senere opprettholdt.³⁶ En rekke andre tariffavtaler har tilsvarende bestemmelser som hovedavtalen § 2-1.³⁷

Bruk av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet har likevel lange tradisjoner også i Norge. For eksempel har hovedorganisasjonenes gjensidige anerkjennelse av

³⁴ Jf. Hovedavtalen 2006 – 2009 LO-NHO. Tilgjengelig på bl.a. http://www.klubbkontoret.no/files/hovedavtalen_lo-nho_2006_-_2009.pdf.

³⁵ Jf. kommentarer til hovedavtalen av 1954. Høyesterett anvendte denne som kilde i Rt 2001 s. 1414. Jeg har ikke lyktes i å finne hvor denne er tilgjengelig.

³⁶ Jf. Eksempelvis kommentarer til hovedavtalen for perioden 2006-2009. Tilgjengelig på bl.a. http://www.klubbkontoret.no/files/hovedavtalen_lo-nho_2006_-_2009.pdf.

³⁷ Jf. eksempelvis Hovedavtale NAFO § 1 a og Hovedavtale YS-NHO § 2-1.

organisasjonsfriheten ikke vært til hinder for at bestemmelser om organisasjonsplikt for arbeidstakere har vært akseptert på spesielle områder. Organisasjonsplikten har eksempelvis en lang historie i LO-systemet. Den første hovedavtalen mellom LO og forbundene som omfattet organisasjonsplikt går tilbake til 1916 og gjaldt avtalen mellom HK (Handel og Kontor) og NKL (Norges Kokkemesteres Landsforening). I moderne tid har organisasjonsplikten bl.a. omfattet ansatte i LO-forbundene, VÅR Bank og forsikring, Norsk Folkehjelp, A-pressen og Forbrukersamvirket. I 1998 var det stor debatt internt i LO knyttet til organisasjonsplikten. Det førte til at blant annet A-pressen og Forbrukersamvirket ble "løst" fra plikten. I 1998 var omtrent 20 000 arbeidstakere omfattet av organisasjonsplikten. Senere er dette tallet betydelig redusert.³⁸

3.3 Rettsstilling

Det har lenge vært antatt at organisasjonspliktklausuler som utgangspunkt var tillatt etter norsk rett.³⁹ Dette utgangspunktet ble betydelig modifisert ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp). Saken omhandlet spørsmålet om organisasjonspliktklausulers gyldighet i forhold til dagjeldende arbeidsmiljølov (heretter forkortet aml.) § 55 A.⁴⁰ Tvisten stod mellom en ansatt (Gaute Ringvold) og Norsk Folkehjelp, arbeiderbevegelsens humanitærorganisasjon.

Gaute Ringvold var i 1996-98 knyttet til Norsk Folkehjelp som minerydder i Bosnia etter flere midlertidige kontrakter som inneholdt klausul om organisasjonsplikt i LO. Klausulen lød: *"Norsk Folkehjelp følger Overenskomsten mellom LO i Norge og Fagforbundene og HK i Norge. Overenskomsten krever organisasjonsplikt for alle ansatte, fortrinnsvis i Handel og Kontor."* Partene var enige om at den ansatte i kraft av bestemmelsen hadde plikt til å organisere seg i et LO-tilknyttet forbund. Klausulen var introdusert før Ringvold aksepterte ansettelse. Første punktum i daværende aml. § 55 A lød: *"Arbeidsgiveren må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte kreve at søkerne skal gi opplysninger om hvordan de stiller*

³⁸ Jeg har ikke lyktes i å finne informasjon om hvor mange arbeidstakere som er underlagt slike klausuler pr. mai 2006. Advokat i LO Christopher Hansteen har imidlertid i samtale 29.03 2006 bekreftet at slike klausuler fortsatt eksisterer innen LO-systemet i Norge. Imidlertid var han tvilende til om klausulene ville få virkning etter sin ordlyd dersom de ikke ble respektert.

³⁹ Se bl.a. Stein Evju, *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*. Oslo 1982 side 74 flg.

⁴⁰ Bestemmelsen er senere opphevet ved lov 26. mars 2004 nr. 15.

seg til politiske, religiøse eller kulturelle spørsmål, eller om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner". Og i tredje og fjerde punktum het det: "Arbeidsgiveren må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Disse bestemmelsene gjelder ikke dersom slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom det inngår i formålet for vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet". Med støtte i Rt 2001 s. 248 (Olderdalen) ble organisasjonspliktklausulen til Norsk Folkehjelp ansett ugyldig etter dagjeldende § 55 A.

Resultatet i dommen var overraskende. I juridisk teori var det antatt at aml. § 55 A ikke var til hinder for organisasjonspliktklausuler som var introdusert i forkant av ansettelse. Høyesterett viste til Stein Evju, og inntok følgende sitat fra hans bok:

"Som prinsipperklæring kan § 55 A vanskelig forstås som uttrykk for at slike klausuler skal anses uakseptable. En slik forståelse vil ikke følge umiddelbart. verken av ordlyden eller av paragrafens formål, slik det er blitt uttrykt. Det foreligger heller ingen positive holdepunkter i en slik retning. Og på bakgrunn av det syn som har vært gjort gjeldende mht. lovregulering av den negative organisasjonsfrihet i andre sammenhenger, og den kjennskap til organisasjonsplikt-klausuler som aktørene må forutsettes å ha, er det i hvert fall vanskelig å tenke seg at flertallet i Stortinget har tilsiktet en slik rekkevidde, såvel i 1977 som i 1980".⁴¹

Synspunktene til Evju ble imidlertid ikke tillagt avgjørende vekt.

Høyesterett la i stedet avgjørende vekt på samme argumentasjon som i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2001 s. 248 (Olderdalen). I Olderdalen-avgjørelsen hadde arbeidsgiver tilbudt arbeidstakere arbeid på vilkår om at arbeidstakerne ikke var organisert i noen fagforening. Følgende avsnitt fra Olderdalen-avgjørelsen ble sitert i Norsk Folkehjelp-avgjørelsen:

⁴¹ Jf. Stein Evju, s. 74 flg.

*”Olderdalen ambulanse AS har ikke direkte etterspurt opplysninger om Mos og Dalviks eventuelle medlemskap i slike organisasjoner, men den betingelse som ble stilt for ansettelse, må etter min mening anses urettmessig. Betingelsen er klart. i strid med formålet for § 55 A første ledd. Den er egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert, og jeg ser betingelsen nærmest som en omgåelse av de forbud lovbestemmelsen inneholder”.*⁴²

Høyesterett mente at tilsvarende argument var gyldig også i forhold til Norsk Folkehjelps organisasjonspliktklausul.

Vilkår om å være med i en bestemt fagorganisasjon vil ha samme virkning som vilkår om ikke å være med i en fagorganisasjon, på den måten at arbeidstaker blir nødt til å oppgi om han er fagorganisert eller ikke. Den avgjørende testen for Høyesterett er om klausulen *”er egnet til å få fram opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert”*. Høyesterett konkluderte som nevnt med at klausulen var i strid med aml. § 55 A.⁴³

Høyesterett anvender samme begrunnelse for at et inngrep i den positive organisasjonsfrihet (Olderdalen) er i strid med aml. § 55 A, som for at et inngrep i den negative organisasjonsfrihet (Norsk Folkehjelp) er i strid med samme bestemmelse. Dette er interessant fordi det, som jeg allerede har vært inne på, er alminnelig antatt at den negative foreningsfrihet ikke er vernet i samme grad som den positive verken etter norsk rett eller internasjonale konvensjoner.

Ny arbeidsmiljølov

Aml. § 55 A ble opphevet ved lov 26. mars 2004 nr. 15. Den sentrale bestemmelsen er nå diskrimineringsforbudet i den nye arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd som ble vedtatt 17. juni 2005 og trådte i kraft 1. januar 2006.⁴⁴ Bestemmelsen forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering,

⁴² Rt 2001 s. 1427.

⁴³ I et obiter dictum i avgjørelsen ble det uttalt at Den europeiske sosialpakt av 1961 art. 5 etter revisjon i 1996 synes å gå lenger i beskyttelse av den negative organisasjonsrett enn praksis hittil etter EMK art.11. Jeg kommer nærmere tilbake betydningen av Den europeiske sosialpakt i avhandlingens kapittel 7.6.

⁴⁴ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.

funksjonshemming eller alder. Diskrimineringsforbudet gjelder ved ”*alle sider ved arbeidsforholdet*”, jf, den nye loven § 13-2 første ledd. Av forarbeidene fremkommer det at det ikke var meningen å endre rettstilstanden ved lovendringen.⁴⁵

Lest isolert taler ordlyden i § 13-1 første ledd for et absolutt forbud mot organisasjonspliktklausuler uavhengig av om klausulen er inngått i forkant eller etter ansettelse. Utgangspunktet modifiseres av § 13-3 første ledd hvor det heter: ”*Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende og som er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her*”.

Av bestemmelsen følger det at organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet kun kan aksepteres hvis tre nærmere angitte kumulative vilkår er oppfylt. Klausulen må ha et saklig formål, den må ikke være uforholdsmessig inngripende og den må være nødvendig for utøvelsen av det aktuelle arbeid eller yrke.

LOs holdning

Rt 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp) medførte at LO-sekretariatet den 28.1.2002 enstemmig vedtok at disse klausulene skal fjernes i alle avtaleforhold. LO-sekretariatet mener imidlertid at LO og forbundene som arbeidsgivere fremdeles kan stille krav til organisasjonstilknytning på visse betingelser. I vedtaket fra sekretariatet heter det:

*”LO og forbundene i egenskap av arbeidsgivere stiller selv krav om tilslutning til LO/forbund som vilkår for tilsetting, eventuelt begrenset til stillinger hvor organisasjonspolitisk syn og organisasjonstilknytning anses å ha betydning for å fremme organisasjonens formål. Dette må i så fall tas med i utlysningen”.*⁴⁶

Også etter Høyesteretts avgjørelse i Rt 2001 s. 1413, er altså LO-sekretariatet av den oppfatning at organisasjonspliktklausuler i noen tilfeller kan godtas etter norsk rett. Hvorvidt LO-sekretariatets forståelse av adgangen til å inngå organisasjonspliktklausuler kan opprettholdes, er

⁴⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. s. 325 hvor det heter: ”Bestemmelsen i første ledd viderefører gjeldende forbud mot diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming og alder”.

⁴⁶ Tilgjengelig?

ikke rettslig avklart. Etter min oppfatning bør nok Rt 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp) forstås slik at organisasjonspliktklausuler normalt vil være i strid med arbeidsmiljøloven, men at unntak kan tenkes. Det er ingen grunn til å tro at dette er endret etter vedtakelsen av en den nye arbeidsmiljøloven (fra 2005). EMK art. 11 og Domstolens praksis på området vil være av sentral betydning når det nærmere innholdet av de eventuelle unntak skal fastlegges.

3.4 Menneskerettsloven

Spørsmålet om hvorvidt organisasjonspliktklausuler er forenlig med arbeidsmiljøloven er altså i noen grad et uavklart spørsmål om en ser på intern rett i snever forstand. EMK, herunder EMK art. 11, ble gjort direkte gjeldende som norsk lov gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2 (forkortet mrl).⁴⁷ Menneskerettslovens formål er å ”styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”, jf. § 1. Formålsbestemmelsen gir med denne formulering et signal om at menneskerettighetene bør ha en sterkere stilling i norsk rett. I hvilken utstrekning organisasjonspliktklausuler er forenlig med norsk rett vil derfor også avhenge av hvorvidt slike klausuler kan forenes med EMK.

Norsk lovgivning og annen rett må tolkes innskrenkende i den grad EMK tilsier det, jf. menneskerettsloven eller mrl. § 3, som gir de inkorporerte menneskerettighetene forrang foran annen norsk lovgivning ved motstrid. Forrangsbestemmelsen kommer kun til anvendelse der det er konstatert motstrid mellom en konvensjonsbestemmelse og en nasjonal regel. Anvendt på avhandlingens tema må det eventuelt konstateres motstrid mellom reglene i den nye arbeidsmiljølovens kapittel 13 og EMK art. 11. En slik situasjon vil vanskelig oppstå. Norsk lovgivning og særlig nyere lovgivning som den nye aml. er utformet med sikte på å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser. Videre er det en presumsjon for at norsk lovgivning ikke strider mot de konvensjoner man er bundet av. Norsk rett vil derfor, så langt det er mulig, tolkes slik at det ikke oppstår motstrid. Norske domstoler vil derfor tolke den nye arbeidsmiljøloven i lys av EMDs fortolkning av EMK art. 11.

⁴⁷ I tillegg til EMK er også FN-konvensjonene av 1966 om henholdsvis økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og sivile og politiske rettigheter (SP) samt FNs konvensjon om barns rettigheter (BK) gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2. Jeg avgrenser mot en behandling av organisasjonspliktklausuler i forhold til disse konvensjonene.

I tillegg gir alminnelig rettskildelære visse retningslinjer for motstrid mellom regler: Nyere lov går foran eldre lov (lex posterior) og spesiell lov går foran generell lov (lex specialis). På bakgrunn av dette vil forrangsregelen primært få betydning dersom en ny lov viser seg å være i klar motstrid med konvensjonsbestemmelsene.⁴⁸ Det er lite som tyder på at en slik situasjon vil oppstå i forholdet mellom den nye arbeidsmiljøloven kapittel 13 og EMK art. 11.

EMD har utviklet enkelte tolkningsprinsipper som avviker fra tradisjonell norsk tolkningslære.⁴⁹ Blant annet har Domstolen anlagt en såkalt effektiv og dynamisk tolkningsstil av konvensjonens rettigheter.⁵⁰ Dette innebærer at Domstolen tolker konvensjon slik at de underliggende verdier og formål konvensjonen bygger på søkes fremmet i størst mulig utstrekning, og at man ser hen til samfunnsutviklingen.⁵¹ Rettighetenes innhold er ikke fastlagt en gang for alle. Dette kan innebære en utvidelse av rettighetsvernet i forhold til konvensjonens ordlyd og av og til også statenes forutsetninger.

EMDs tolkningsstil reiser spørsmål om hvorledes norske domstoler nærmere skal forholde seg til EMK. Etter Rt 1994 s. 610 (Bølgepapp) så det ut som Høyesterett mente at domstolene burde overlate til EMD å utpensle EMK i detalj. Denne tilnærmingen er imidlertid endret gjennom Rt 2000 s. 996 (Bøhler), Rt 2001 s.1016 og Rt 2002 s. 557 (Dobbeltstraff). Ifølge Rt 2000 s. 996 (Bøhler) skal norske domstoler benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD selv, men ikke legge an en for dynamisk tolkning av konvensjonen, og ikke gå lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette ble presisert i Rt 2002 s. 557 (Dobbeltstraff): *”Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.”*

⁴⁸ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. s. 40.

⁴⁹ Enkelte av disse er behandlet nærmere i kapittel 8.2.

⁵⁰ Jf. kapittel 8.2.

⁵¹ *ibid.*

Høyesterett anvender i sin praksis ikke fullt ut EMDs dynamiske tolkningsstil, og har heller ikke lagt inn en sikkerhetsmargin for å hindre at Norge dømmes for konvensjonsbrudd, se Rt 2000 s. 996 (Bøhler) hvor Høyesterett uttaler:

”Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig.”

Disse prinsippene er viktige når norske domstoler på selvstendig grunnlag skal anvende konvensjonen, og kan også tenkes å få betydning hvis en sak om organisasjonspliktklausuler skulle komme opp for norske domstoler.

4 Hvilke foreninger er vernet av art. 11?

I dette kapittelet skal jeg redegjøre for hvilke typer fagforeninger som er vernet av artikkel 11. Dette er en sentral avgrensning av rekkevidden av avhandlingens diskusjoner. Fagforeninger som ikke er vernet etter art. 11, er ikke tema for de videre diskusjonene.

4.1 Innledning

Felles for mange av begrepene i EMK, også begrepet forening ("association"), er at de tolkes autonomt av EMD uavhengig av hvilken mening begrepene blir tillagt internt i konvensjonsstatene.⁵² Organisasjonsfriheten, slik den er vernet i EMK art. 11, favner vidt. Foreningsfriheten dekker som utgangspunkt alle typer foreninger innenfor alle livsområder. Alt fra politiske, økonomiske eller religiøse foreninger til utpregede sosiale foreninger er beskyttet etter art. 11. Art. 11 beskytter eksempelvis så vel politiske partier og fagforeninger som bridgeklubber og idrettslag. I denne avhandlingens er det kun arbeidsfaglige organisasjoner som behandles. Fagforeninger er en spesiell form for forening som uttrykkelig nevnes i EMK art. 11 (1), jf. formuleringen i den engelske originaltekst "*including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests*".

I hvilke tilfelle en gruppe skal anses som en "forening", herunder fagforening, i konvensjonens forstand vil bero på en sammensatt vurdering. I sin kommentar til EMK anfører van Dijk og van Hof at begrepet "forening" som utgangspunkt omfatter "*any voluntary association by several natural and/or legal persons for a certain period of time with an institutional structure and for common purposes*".⁵³ Utgangspunktet gir anvisning på en vid definisjon av begrepet forening. At

⁵² Begrunnelsen er for så vidt logisk: Dersom det var overlatt til statene å definere innholdet av sentrale begreper i konvensjonen ville statene kunne få kontroll over hva som skulle falle under konvensjonens vern. Dette er ikke akseptabelt, slik EMD ser det.

⁵³ Jf. P. van Dijk og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Haag 1997, s. 592.

fagforeninger i utgangspunktet er omfattet er helt utvilsomt. Likevel må det foretas minst tre innskrenkninger fra dette utgangspunktet.

4.2 Forenlig med demokratiet

For det første er bare fagforeninger, som er forenelige med demokratiet som styreform, vernet etter art. 11. Denne begrensning har sammenheng med demokratihensynet som en grunnleggende verdi EMK bygger på.⁵⁴ Begrensningen er imidlertid ikke problematisk i forhold til avhandlingens problemstilling og behandles derfor ikke nærmere her.

4.3 Unntak for visse grupper

Det er for det andre ikke alle grupper i samfunnet som nyter like godt vern av foreningsfriheten etter EMK art. 11, selv om de opererer innenfor demokratiske spilleregler. EMK art. 11 (2), annen setning unntar medlemmer av de væpnede styrker, politiet og statsadministrasjonen fra beskyttelse etter bestemmelsen: *“This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State”*. Det kreves at unntakene er hjemlet i lov. Bakgrunnen for disse unntakene er at man ikke har ansett det som ønskelig at disse gruppene politiseres eller fremstår som partiske siden de har spesielle maktposisjoner i samfunnet. Unntakene er ikke absolutte i den forstand at staten fullstendig kan avskjære disse gruppene fra foreningsfrihet. Begrensningene i disse gruppenes foreningsfrihet må ha sammenheng med begrunnelsen for innskrenkningene. Jeg avgrenser av hensynet til avhandlingens omfang mot en videre behandling av disse gruppenes negative foreningsfrihet.

4.4 Unntak for ”offentligrettslige institusjoner”

Et tredje og beslektet unntak følger av den begrensning EMD har innfortolket i begrepet ”forening”. Etter EMD-praksis er kun private organisasjoner i motsetning til offentligrettslige

⁵⁴ Jf. avhandlingens kapittel 8.3.

institusjoner ("public law institutions") omfattet av art. 11.⁵⁵ Grensegangen mellom disse er vanskelig.

Unntaket har hatt betydning i saker om lovbestemte krav om organisasjonsmedlemskap. Som nevnt i kapittel 2.2. er denne form for organisasjonspliktklausuler ofte begrunnet ut fra myndighetenes behov for kvalitetskontroll og styring av profesjonsgrupper som benytter en bestemt tittel og/eller innehar en særlig tillatelse av stor samfunnsmessig betydning.

I praksis foretar EMD konkrete vurderinger når den avgjør om en forening er hovedsakelig privatrettslig eller hovedsakelig offentligrettslig. EMD legger særlig vekt på foreningens grunnleggelse, dens formål og arbeidsoppgaver, samt myndighet og sanksjonsmuligheter. I det følgende vil jeg gjennomgå to avgjørelser som illustrerer Domstolens argumentasjon.

Første gang EMD tok stilling til spørsmålet var i *Le Compte, van Leuven og De Meyere mot Belgia*. Klagerne var leger som ble suspendert av legeforeningens disiplinærorganer for å ha opptrådt ukollegialt eller uprofesjonelt. De anførte at det var i strid med art. 11 at de måtte være medlem av legeforeningen og være undergitt dens jurisdiksjon og disiplinærmyndighet for å kunne utøve legeyrket.

EMD fant at art. 11 ikke kom til anvendelse fordi legeforeningen ikke kunne anses som en "forening" etter art. 11. Domstolen la vekt på at foreningen ikke var opprettet av privatpersoner, men ved lov, og at den utgjorde en del av statsapparatet. Videre ble det lagt vekt på at regjeringen utnevnte medlemmer til de fleste av dens beslutningsorganer.⁵⁶

Foreningens formål som var å "beskytte helse" ved å utøve en form for offentlig kontroll med hvordan legeyrket ble utøvet, talte også mot å anse den belgiske legeforeningen som en forening. Foreningen førte et register over leger og hadde fått i oppgave å ivareta administrative, legislative

⁵⁵ Se eksempelvis *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*, avsnitt 31 og *Le Compte, van Leuven og De Meyere mot Belgia*, dom 23. juni 1981, Series A 43, avsnitt 64.

⁵⁶ Avsnitt 64.

og disiplinære oppgaver.⁵⁷ EMD mente altså at foreningen var mer å anse som et offentlig tilsynsorgan enn som medlemmenes interesseorganisasjon.

Avslutningsvis la Domstolen vekt på at det obligatoriske medlemskap i foreningen ikke var til hinder for at leger kunne opprette, slutte seg til eller stå utenfor andre yrkesorganisasjoner.⁵⁸

I *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* kom Domstolen til det motsatte resultat. I likhet med den belgiske legeforening utførte også Frami enkelte offentlige oppgaver på Island. Imidlertid var ikke foreningen alene om å fylle denne funksjonen. Andre institusjoner hadde det primære ansvaret for å fylle de offentlige oppgaver:

*“Admittedly, Frami performed certain functions which were to some extent provided for in the applicable legislation and which served not only its members but also the public at large. However, the role of supervision of the implementation of the relevant rules was entrusted primarily to another institution, namely the Committee, which in addition had the power to issue licences and to decide on their suspension and revocation”.*⁵⁹

Domstolen la videre vekt på at Frami var stiftet på privatrettslig grunnlag og hadde full selvstendighet. Foreningen kunne ikke instrueres av myndighetene.⁶⁰

Foreningens formål, slik disse kommer til uttrykk i vedtektene, var også av betydning for vurderingen. Domstolen la stor vekt på at foreningens formål primært var å sikre medlemmenes private interesser:

“According to its Articles, admittedly old and currently under revision, the purpose of Frami was to protect the professional interests of its members and promote solidarity among professional taxicab drivers; to determine, negotiate and present demands relating to the working hours, wages and rates of its members; to seek to maintain

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Avsnitt 64.

⁵⁹ Avsnitt 31.

⁶⁰ Ibid.

*limitations on the number of taxicabs and to represent its members before the public authorities... ”.*⁶¹

I *Sigurjónsson-avgjørelsen* talte de fleste momenter for å anse Frami som en privatrettslig forening i relasjon til art. 11. Det var derfor ikke overraskende når Domstolen konkluderte:

*”Frami was therefore predominantly a private-law organisation and must thus be considered an "association" for the purposes of Article 11”.*⁶²

Avgjørelsene *Le Compte, van Leuven og De Meyere mot Belgia* og *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* illustrerer at Domstolen vurderer hvert tilfelle konkret. Selv om den belgiske legeforening ikke utgjorde en ”forening” i EMK art. 11s forstand, utelukker ikke dette at legeforeninger i andre stater kan utgjøre en ”forening” i relasjon til bestemmelsen, hvis de relevante momenter trekker i retning av at legeforeningen hovedsakelig er privatrettslig. Tilsvarende må foreninger for andre yrkesgrupper i ulike stater vurderes konkret.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

5 Statens rolle

Det er flere sider ved staten og dens rolle i forhold til avhandlingens problemstilling som det er interessant å se nærmere på. I dette kapittel skal jeg se nærmere på hvordan staten kan holdes ansvarlig for brudd på art. 11 gitt at organisasjonspliktklausuler er i strid med konvensjonsbestemmelsen, den nærmere karakter av statens forpliktelse og hvilken rettslig betydning dette kan få, samt særlige spørsmål som kan oppstå der staten opptrer direkte som lovgiver eller arbeidsgiver. Disse spørsmål analyseres i det følgende. Svarene på disse spørsmål har betydning for den rettslige vurderingen av organisasjonspliktklausuler i forhold til EMK art. 11.

5.1 Det er staten som har forpliktelsene etter EMK

Det er innlysende at der noen har en menneskerettighet, må det foreligge en tilsvarende forpliktelse til å overholde retten på en annen hånd. I denne sammenheng oppstår problemstillingen om hvem som er forpliktet til å overholde EMK. Det er statene som er forpliktet etter konvensjonen, jf. EMK art. 1 som lyder: *“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”*. Den offisielle norske oversettelsen lyder: *”De høye Kontraherende Parter skal sikre enhver innen sitt myndighetsområde¹ de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i denne konvensjon”*. Etter EMK art. 34, jf. art. 1 er det individer eller private organisasjoner som kan bringe klager om statlige brudd på konvensjonen inn for domstolen. Dette utelukker at private kan holdes folkerettslig ansvarlige for brudd på EMK. EMK pålegger bare rettslige plikter for offentlige myndigheter.

Statsansvaret etter EMK kan forklares med konvensjonens forhistorie og idégrunnlag. At det er staten som er bundet av konvensjonen, og dermed forpliktet til å holde seg innenfor de grenser den setter, har sammenheng med det tradisjonelle liberale idétradisjon EMK er utformet i. Staten har historisk vært ansett som den største trussel mot individenes grunnleggende rettigheter og

friheter. Derfor var også staten den trussel individene først og fremst trengte beskyttelse mot. Statens maktmisbruk under eneveldet i en rekke europeiske land, eller det maktmisbruket vi kjenner fra fascistiske, kommunistiske og nazistiske regimer kan tjene til illustrasjon på hva man først og fremst ønsket å beskytte seg mot når konvensjonen ble utformet i 1950.⁶³

Siden staten er den som er forpliktet etter EMK er det interessant å se nærmere på hvilken rolle staten har i ulike typetilfeller av konflikter om organisasjonspliktklausuler i forhold til den negative foreningsfrihet slik denne er sikret i EMK art. 11. I mange slike konflikter vil staten ha en indirekte rolle, som kanalisator for problemstillingen. Dette vil typisk være tilfellet der den aktuelle organisasjonspliktklausul inngås mellom en privat fagforening og private arbeidsgivere. Spørsmålet om holdbarheten av organisasjonspliktklausuler i forhold til EMK art. 11 kanaliseres i disse tilfeller gjennom staten ved nasjonal domstolsbehandling av uenighet om slike spørsmål. Staten er imidlertid ikke part i den underliggende konflikten.

Verken fagforeninger eller private arbeidsgivere er på den annen side å anse som offentlige myndigheter i EMK-rettslig forstand. De kan derfor ikke være pliktsubjekter etter EMK. En sentral problemstilling blir derfor hvordan en kan tenke seg at organisasjonspliktklausuler, som inngås mellom fagforening og arbeidsgiver uten innblanding fra offentlige myndigheter, kan være i strid med EMK artikkel 11. Kan staten overhodet holdes ansvarlig i en slik situasjon? Herunder oppstår spørsmål om hvor langt EMK pålegger statene handlingsplikter, og hvilken betydning karakteren av den statlige forpliktelse har for den skjønnsmargin Domstolen innrømmer statene. Disse problemstillinger behandles nærmere i kapittel 5.2.

Situasjonen er en annen i tilfeller der en organisasjonspliktklausul inngås mellom fagforening og statlig arbeidsgiver. I disse tilfellene oppstår spørsmålet om staten kan holdes direkte ansvarlige som arbeidsgiver. Denne problemstilling behandles nærmere i avhandlingens kapittel 5.3.

⁶³ Jf. bl.a. Emberland, Marius. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford, 2006 s. 36.

En beslektet situasjon oppstår i de situasjoner hvor det finnes lovbestemte krav om organisasjonsmedlemskap for enkelte profesjonsgrupper. I disse situasjoner er det åpenbart at staten kan holdes ansvarlig som lovgiver. Denne situasjon blir derfor ikke nærmere behandlet i det følgende.

5.2 Staten som kanalisator

I situasjoner hvor staten innehar rollen som kanalisator for problemstillingen om organisasjonspliktklausuler i forhold til EMK art. 11 oppstår spørsmål om staten overhodet kan holdes ansvarlig etter bestemmelsen. Det oppstår i denne sammenheng spørsmål om hvor langt offentlige myndigheter, etter EMK, kan pådra seg ansvar for handlinger et privat rettssubjekt foretar seg overfor en annen privatperson. Dette har sammenheng med problemstillingen om hvilke plikter som kan utledes fra EMK art. 11. Det er vanlig å sondre mellom plikter til handling, og plikter til å avstå fra inngrep. Er statene først og fremst forpliktet til å respektere rettighetene (negative plikter), eller er de også forpliktet til å sikre at konvensjonens rettigheter etterleves mellom private (positive plikter)?

Rettslig sett blir det i så fall et spørsmål om myndighetene kan sies å ha en plikt til å forhindre inngrep i den negative organisasjonsfrihet gjennom lovgivning eller annen myndighetsatferd. Denne problemstillingen omtales gjerne som spørsmålet om omfanget av statenes positive sikringsplikt.⁶⁴ Dette dreier seg om i hvilken grad rettighetene kan anvendes i det rettighetsforhold som gjelder mellom ikke-statlige aktører, det vil si direkte mellom aktører i den private sfære.⁶⁵ Positive plikter fører til at Domstolen ser staten som en garantist i stedet for en overtreder av menneskerettighetene.⁶⁶

⁶⁴ Dette temaet er gjenstand for varierende begrepsbruk. Temaet omtales også som konvensjonens tredjepart.svirkning, doktrinen om ”Drittwirkung” under konvensjonen eller spørsmål om konvensjonens ”horizontal effect”. Begrepsbruken er ikke avgjørende. Alle begrepene gir uttrykk for den samme diskusjon.

⁶⁵ Jf. Clapham, Andrew: *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993 s. 90. En god innføring til en del av dette temaet gis i Amir Mirmothari: *Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (Universitetet i Oslo) (studentavhandling 2005).

⁶⁶ Jf. Cordula Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, summary, s. 380.

Det er opplagt grunnlag for å hevde at også ikke offentlige aktører kan utgjøre en trussel mot den negative foreningsfriheten. Det kan derfor være gode grunner til å oppstille positive sikringsplikter. For det eller de individer som får sine rettigheter krenket spiller det som regel liten rolle om det er staten eller private aktører som står bak krenkelsen. Individene har uansett det samme behov for beskyttelse. Hensynet til de individer som får sine rettigheter krenket taler for å innfortolke positive plikter for staten i rettighetene etter EMK.

Imidlertid kan denne typen konvensjonsfortolkning føre til plikter for statene som disse ikke mente å forplikte seg til ved ratifisering av konvensjonen, og Domstolen må derfor generelt opptre med forsiktighet når den anvender en tolkning som medfører positive plikter.⁶⁷ Det er grenser for hva statene har hatt ønske om å påta seg av slike handlingspregede plikter.

Vidtrekkende handlingsplikter kan lett vise seg å bli svært byrdefullt for statene. Det er vel nærmest en umulig oppgave for staten å sørge for at menneskerettighetsbrudd ikke finner sted på dens territorium. Og hvis dette var mulig ville det etter min oppfatning neppe være ønskelig. Et så omfattende kontrollsystem som dette i så fall vil kreve, står i motsetning til grunnleggende verdier som EMK bygger på, slik som individuell frihet og demokrati.⁶⁸

Tolkning

Er det rettslig grunnlag for å oppstille en plikt for staten til å sikre at organisasjonspliktklausuler som inngås mellom private ikke griper inn i borgernes negative foreningsfrihet? Hva er i så fall statene forpliktet til å foreta seg etter EMK art. 11?

Svaret vil som utgangspunkt bero på en tolkning av konvensjonsbestemmelsen. EMK art. 11 gir etter sin ordlyd kun uttrykk for negative forpliktelser, dvs. forpliktelser til ikke å gripe inn i konvensjonens rettigheter. Må bestemmelsen likevel tolkes slik at den pålegger statene handlingsplikter til å sikre den negative foreningsfrihet?

⁶⁷ Jf. van Dijk, Pieter: *'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still 'Master' of the Convention?* I: *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, redigert av Monique Castermans- Holleman, Fried van Hoof og Jacqueline Smith, s. 18. Se også *Cruz Varas m. fl. mot Sverige*, dom 20. mars 1991, Series A 201, avsnitt 94-103.

⁶⁸ Konvensjonens formål behandles nærmere i avhandlingens kapittel 8.3.

Som nevnt gir ikke ordlyden i art. 11 noe grunnlag for å oppstille positive plikter, men er på den annen side heller ikke uforenlig med slike plikter. Også denne problemstillingen må vurderes med utgangspunkt i konvensjonens idégrunnlag og forhistorie. En hovedtanke bak konvensjonen var å tøyne statens makt for å forhindre statlig maktmisbruk i fremtiden. Forpliktelsene etter EMK art. 11 er derfor først og fremst passivitetsforpliktelser, dvs. en plikt til fravær av offentlig myndighetsutøvelse. Bestemmelsen verner primært individene mot overgrep fra det offentlige.⁶⁹

Art. 11 står her i samme stilling som en rekke andre bestemmelser i konvensjonen. EMK setter først og fremst begrensninger for myndighetenes mulighet til å gripe inn i den private sfæren på visse utvalgte områder, nemlig de områdene som omfattes av EMKs rettigheter. I dette henseende definerer konvensjonen som det klare utgangspunkt statens negative plikter. En tolkning av EMK art. 11 i lys av bestemmelsens idégrunnlag og forhistorie utelukker altså ikke at det kan utledes positive forpliktelser av bestemmelsen. Men omfanget av slike plikter er langt mer usikkert enn omfanget av de negative plikter.

Domstolens holdning til problemstillingen

EMDs holdning til spørsmålet har ikke vært entydig. Positive plikter oppstilles i en viss, men ikke ubegrenset utstrekning.⁷⁰ Det er i dag uomtvistet at konvensjonsstatene i visse tilfelle kan bli ansvarlige etter EMK art. 11 for handlinger begått av privatpersoner overfor andre privatpersoner.⁷¹ Statens oppgave er ikke begrenset til utelukkende å avstå fra inngrep i foreningsfriheten. På den annen side er det like klart at staten ikke er ansvarlig for alle private inngrep.

⁶⁹ Jf. bl.a. Emberland, Marius. *Retorikk og realiteter. Norsk menneskerettighetsdebatt på et sidespor?* Oslo 2006 s. 22.

⁷⁰ Jf. eksempelvis Keir Starmer. *Positive Obligations under the Convention i Understanding Human Rights Principles*, redigert av J. Jowell og J. Cooper, s.139 Oregon, 2001. og Pieter van Dijk, *Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still 'Masters' of the Convention?* I: The Role of the Nation-State in the 21st Century s. 17. Redigert av Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof og Jacqueline Smith. Se også *Airey mot Irland*, dom 9. oktober 1979, Series A 32, avsnitt 32 og *Marckx mot Belgia*, dom 13. juni 1979, Series A 31, avsnitt 31, hvor Domstolen bruker uttrykket "negative undertaking".

⁷¹ Dette er eksempelvis slått fast i *Plattform Ärzte für das Leben mot Østerrike*, dom 21. juni 1988, Series A 139, avsnitt 32. Avgjørelsen omhandlet forsamlingsfrihet etter EMK art. 11.

Som eksempel på at Domstolen har oppstilt en slik sikringsplikt etter art. 11 kan avgjørelsen *Plattform Ärzte für das Leben mot Østerrike*, som omhandlet forsamlingsfrihet, trekkes fram.⁷²

Domstolen skulle her ta stilling til i hvilket omfang staten har en positiv forpliktelse til å beskytte private, som utnyttet sin rett til forsamlingsfrihet, mot fysiske overgrep fra andre private som ville hindre en demonstrasjon. Domstolen uttalte om dette:

*“Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11 ... Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals, if need be”.*⁷³

I fortsettelsen av dette uttalte den: *“it is the duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully”.*⁷⁴ Det følger således av Domstolens praksis at det etter art. 11 ikke alltid er tilstrekkelig at staten selv unnlater å krenke bestemmelsen. For å oppfylle forpliktelsen etter art. 11 kan det også være nødvendig med aktive inngrep fra statens side for å sikre individenes rettigheter, også når rettighetene trues av private.

Også i forhold til en rettstilstand som tillater inngrep i den negative foreningsfrihet har EMD konstatert at statene kan ha en plikt til å hindre inngrep fra private. I *British Rail*-avgjørelsen ble Storbritannia holdt ansvarlig for den lovgivning som tillot inngrep i klagernes negative foreningsfrihet fra deres arbeidsgiver. EMD fant at Storbritannia kunne holdes ansvarlig for avskjedigelser foretatt av British Rail. Under saken ble det reist spørsmål om British Rail var en del av eller kontrollert av staten. Domstolen fastslo at Storbritannia under alle omstendigheter var ansvarlig for den lovgivningen som muliggjorde avskjedigelsene, og uttalte:

“Although the proximate cause of the events giving rise to this case was the 1975 agreement between British Rail and the railway unions, it was the domestic law in force

⁷² Ibid.

⁷³ Avsnitt 32.

⁷⁴ Avsnitt 34.

at the time that made lawful at the time the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis.”⁷⁵

Den britiske stat ble derfor holdt ansvarlig for sin lovgivning som tillot private inngrep i klagerens foreningsfrihet. EMD konkluderte med krenkelse av EMK art. 11.⁷⁶

Domstolen klargjorde dette ytterligere i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* fra 2006, hvor det uttales:

*“Thus, in the context of Article 11, although the essential object is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, the national authorities may in certain circumstances be obliged to intervene in the relationship between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of those rights”.*⁷⁷

Disse uttalelsene betyr at staten ikke alene har plikt til, når den opptrer som arbeidsgiver, å respektere ansattes rett til negativ foreningsfrihet. Staten kan også, i et visst omfang, ha en plikt til å sikre at private arbeidsgivere ikke handler i strid med ansattes rett til negativ foreningsfrihet. Domstolen har således fastslått at staten etter omstendighetene kan bli holdt ansvarlig for privates handlinger på den negative foreningsfrihetens område, såfremt staten ikke har sikret en rettsstilstand som garanterer individene et tilfredsstillende beskyttelsesnivå.

Betydning for statenes skjønnsmargin

Spørsmålet om det foreligger en negativ eller positiv forpliktelse på statens hånd kan videre tenkes å få betydning for den skjønnsmargin EMD tilkjenner statene når Domstolen skal ta stilling til om et konkret inngrep i foreningsfriheten medfører krenkelse av konvensjonen.⁷⁸

⁷⁵ Avsnitt 49.

⁷⁶ Avsnitt 49.

⁷⁷ Avsnitt 57.

⁷⁸ Læren om den statlige skjønnsmargin er nærmere behandlet i kapittel 7.7.

Lenge var det et vanlig synspunkt i teori og praksis at den omstendighet at en forpliktelse var av en positiv karakter talte for en vid skjønnsmargin. Synspunktet var at statene tilkjennes et generelt større handlingsrom når det er aktuelt å pålegge positive sikringsplikter, sammenlignet med negative avståelsesplikter. Yutaka Arai-Takahashi har sagt det slik: ”*As such this question is more likely to be left to the policy choices and discretion of the Member States*”.⁷⁹

Plenumsavgjørelsen *Gustafsson mot Sverige*, som gjaldt en lignende men noe annen situasjon enn det som er avhandlingens problemstilling, kan tjene som eksempel på en sak hvor Domstolen har unnlatt å oppstille positive sikringsplikter i forhold til å hindre private inngrep i den negative foreningsfrihet, nettopp av hensyn til den statlige skjønnsmargin.⁸⁰ I saken klaget en ikke-organisert arbeidsgiver som ble utsatt for lovlig blokade og streik fra fagorganisasjoner over at han ikke fikk beskyttelse av sine rettigheter etter art. 11. Aksjonene, som hadde til mål at arbeidsgiver skulle forplikte seg til kollektivavtale, hindret ham fra å drive sin restaurant. Et flertall på 11 dommere fant at han hadde vært utsatt for et så stort press at det innebar et inngrep i hans foreningsfrihet. EMK art. 11 kom altså til anvendelse. For at det skulle være tale om en krenkelse, måtte det imidlertid kunne konstateres at staten hadde misligholdt sine forpliktelser til å sikre klagerens rettigheter. Et flertall på 12 dommere fant bl.a. under henvisning til den skjønnsmargin staten er innrømmet at den svenske stat ikke hadde unnlatt å sikre klagerens rettigheter etter art. 11. Det ble også lagt vekt på klageren ikke ble tvunget til medlemskap i en forening, kun til å følge vilkårene i kollektivavtalen. Domstolen ville altså ikke oppstille noen positiv sikringsplikt, og fant ikke krenkelse av artikkel 11 under henvisning til at spørsmålet falt under den statlige skjønnsmargin.⁸¹

Det kan spørres om slik tilbakeholdenhet med å oppstille positive plikter kan opprettholdes generelt. Synspunktet har også vært utfordret i nyere praksis fra EMD.⁸² To sentrale saker kan nevnes til illustrasjon.

⁷⁹ Yutaka Arai-Takahashi. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. s. 142.

⁸⁰ *Gustafsson mot Sverige*, dom 25. april 1996, Reports 1996-II, avsnitt 45.

⁸¹ Ibid.

⁸² Jf. Eva Brems, *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht* 1996 s. 247.

I *Guerra mot Italia*,⁸³ som riktignok gjaldt art. 8 og ikke 11, var spørsmålet om staten kunne pålegges en plikt til å gi informasjon til innbyggere slik at de kunne vurdere miljø- og helserisikoen ved å bo i nærheten av en privat kjemisk fabrikk. EMD fant at det kunne utledes en slik plikt av art. 8, og at staten ikke hadde oppfylt denne. Staten ble ikke innvilget en skjønnsmargin til selv å vurdere om plikten var oppfylt.

Tilsvarende nevnes *Appleby mot Storbritannia*.⁸⁴ I denne saken innvilget ikke Domstolen den britiske stat en skjønnsmargin i vurderingen av om den positive plikten til å sikre ytringsfriheten mellom private etter artikkel 10 var brutt. Spørsmålet var om staten måtte pålegge eierne av et privat supermarked å tillate at det ble holdt en underskriftskampanje og delt ut løpesedler i inngangspartiet. EMD fant etter en konkret vurdering at staten ikke hadde krenket konvensjonen. Selv om vurderingen involverer positive forpliktelser på et område hvor statene ofte tilkjennes en vid skjønnsmargin, den private eiendomsretten, taler EMD heller ikke om noen skjønnsmargin i denne saken.

Det kan anføres gode grunner for å ikke å la den positive karakter av en forpliktelse som sådan tale for en vid skjønnsmargin. Det vil ofte være flytende overganger mellom positive og negative forpliktelser,⁸⁵ og det er ikke alltid slik at positive forpliktelser innebærer store praktiske og økonomiske byrder for statene (slik det ofte har vært hevdet). I forhold til problemstillingen om organisasjonspliktklausuler vil statenes eventuelle forpliktelse først og fremst bestå i å forby slike ved lovgivning, slik at individenes negative foreningsfrihet ivaretas. Dette kan neppe sies å være en særlig byrdefull forpliktelse.

5.3 Situasjonen når det offentlige er arbeidsgiver

Det kan hevdes at situasjonen blir annerledes der det offentlige selv opptrer som arbeidsgiver. I slike tilfeller oppstår spørsmålet om staten som arbeidsgiver kan ha en direkte plikt til ikke å

⁸³ Jf. *Guerra med flere mot Italia*, dom 19. februar 1998, Reports 1998-I.

⁸⁴ Jf. *Appleby med flere mot Storbritannia*, dom 6. mai 2003, Reports 2003-VI.

⁸⁵ Noe EMD ofte har uttalt i forhold til artikkel 8, bl.a. i *Stjerna mot Finland*, dom 25. november 1994, Series A 299-B. Her uttalte Domstolen: “*The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition*”. Jf. Avsnitt 38. Tilsvarende må antas å gjelde for art. 11.

benytte slike klausuler i den grad det ikke er tillatt etter EMK art. 11. Argumentet om at staten først og fremst har forpliktet seg til passivitetsforpliktelser, og derfor ikke nødvendigvis kan holdes ansvarlig for avtaleforhold mellom private parter, gjør seg ikke gjeldende på samme måte når staten selv er arbeidsgiver. I prinsippet kunne en derfor tenke seg et strengere, og direkte, ansvar overfor arbeidsgivere som anses som en del av eller er kontrollert av staten. Ordlyden i art. 11 sett i sammenheng med gjennomføringsplikten i EMK art. 1, ”*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*”, kan tale for en slik løsning. Bestemmelsen fastslår kun at statene er forpliktet etter konvensjonen, uten å sondre mellom de ulike roller staten opptre i.

Det finnes likevel ingen holdepunkter i EMD-praksis for å oppstille et selvstendig ansvar overfor staten som arbeidsgiver. Som nevnt ble dette spørsmålet berørt i *British Rail*-avgjørelsen.

Uavhengig av om British Rail ble ansett som en del av eller kontrollert av staten fant Domstolen at britiske myndigheter var ansvarlig for den lovgivning som tillot avskjedigelse av arbeidstakere som ikke ville bøye av for organisasjonspliktklausulene. Staten ble holdt ansvarlig som lovgiver, og da var det intet poeng å holde staten direkte ansvarlig som arbeidsgiver.

Et annet argument mot å holde staten ansvarlig som arbeidsgiver er at det lett vil oppleves som urettferdig forskjellsbehandling hvis statsansatte skulle ha et sterkere vern av sin negative foreningsfrihet sammenlignet med arbeidstakere ansatt i privat sektor. En slik sontring ville vært betenkelig vurdert opp mot grunnideen om universelle menneskerettighetene og likhetstanken.

5.4 Oppsummering

Denne gjennomgangen viser at EMD ikke i særlig grad problematiserer statens rolle i forhold til organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet. Uavhengig av om staten opptre direkte som arbeidsgiver eller indirekte som kanalisator av konflikten holder EMD staten ansvarlig som lovgiver. Domstolen har heller ikke vært tilbakeholden med å oppstille positive handlingsplikter på dette området. I stor utstrekning har Domstolen tolket art. 11 slik at den pålegger statene en plikt til å sikre at nasjonal lovgivning ikke griper inn i individenes negative foreningsfrihet etter EMK art. 11 uavhengig av individets yrke og hvem som er arbeidsgiver.

6 Domstolens vurdering av om organisasjonspliktklausuler utgjør inngrep i EMK art. 11

En forutsetning for at organisasjonspliktklausuler skal kunne stride mot EMK art. 11 er at klausulene kan sies å utgjøre et inngrep i rettigheten etter art. 11 slik at bestemmelsen kommer til anvendelse. Som nevnt i innledningen ble den negative foreningsfrihet bevisst utelatt fra konvensjonen. Domstolen har likevel lagt til grunn at organisasjonspliktklausuler utgjør inngrep i art. 11 hvis klausulene er av en slik karakter at de griper inn i det såkalte kjerneområdet av art. 11.⁸⁶

I dette kapitlet vil jeg først drøfte hvordan Domstolen har stilt seg til ordlyden i art. 11, som ikke nevner den negative foreningsfrihet, og uttalelser i forarbeidene til EMK, hvor det fremkommer at den negative foreningsfrihet bevisst ble utelatt fra konvensjonen.⁸⁷ Deretter vil jeg gjennomgå de momenter Domstolen har vektlagt når den i sine avgjørelser har tatt stilling til om organisasjonspliktklausuler i de konkrete tilfeller kan sies å utgjøre et inngrep i foreningsfriheten slik den er vernet i EMK art. 11.

6.1 Om ordlyden som rettskilde

Hovedkilden for enhver rettsdogmatisk analyse av EMK vil ideelt være konvensjonsteksten. Teksten er det naturlige utgangspunkt ved tolkning av internasjonale konvensjoner. Dette kommer klart frem av Wienkonvensjonens art. 31 (1).⁸⁸ Det er teksten som binder statene. Konvensjonsteksten skal tolkes i samsvar med ordenes vanlige betydning.⁸⁹

Den negative foreningsfriheten er uten direkte forankring i konvensjonens tekst. Som jeg har vært inne på tidligere er det kun den positive foreningsfrihet som uttrykkelig er inntatt i EMK art. 11.

⁸⁶ Dette behandles i kapittel 6.3.

⁸⁷ Se også kapittel 1.1.

⁸⁸ Wienkonvensjonens art. 31 (1), "*the terms of the treaty*".

⁸⁹ Wienkonvensjonens art. 31 (1), "*the ordinary meaning to be given to the terms*".

Isolert taler derfor ordlyden i art. 11 for at den negative foreningsfrihet ikke er vernet etter bestemmelsen. I dag er det imidlertid klart at ordlyden ikke er til hinder for at den negative foreningsfriheten er vernet av art. 11.

6.2 Fravikelse av forarbeidene

Retten til negativ foreningsfrihet ble, som jeg har vært inne på tidligere, bevisst utelatt fra konvensjonen. Bakgrunnen for dette var bruken av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet i enkelte av Europarådets medlemsstater.⁹⁰

Til tross for de relativt klare forutsetningene i forarbeidene om at den negative foreningsfriheten ikke er vernet etter konvensjonen, har Domstolen i sin praksis innfortolket den negative siden av foreningsfriheten i art. 11, slik at organisasjonspliktklausuler etter omstendighetene kan utgjøre inngrep i bestemmelsen. Dette vil jeg hevde EMD har gjort skrittvis, i to omganger.

Første gang Domstolen fikk anledning til å ta stilling til spørsmålet om organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet kan utgjøre inngrep i den negative foreningsfrihet var i den allerede omtalte *British Rail*-avgjørelsen. Saken reiste spørsmål av stor prinsipiell betydning, og ble avsagt av EMD i plenum.

I saken var tre ansatte ved British Rail avskjediget da de ikke meldte seg inn i en av tre fagforeninger arbeidsgiver (British Rail) hadde inngått avtale om organisasjonsplikt med. Klagerne (Young, James og Webster) nektet å melde seg inn de aktuelle fagforeningene. Nektelsen av å organisere seg i de angjeldende foreninger medførte at alle tre klagerne ble avskjediget, hvilket på det tidspunkt var lovlig etter britisk rett. Storbritannia anførte at det ikke forelå inngrep i art. 11, fordi den negative foreningsfrihet etter deres oppfatning ikke var vernet av konvensjonen. Storbritannia fant støtte for dette syn i de siterte uttalelser fra forarbeidene.

⁹⁰ Jf. kapittel 1.1.

EMD var ikke enig i Storbritannias syn. I stedet tok Domstolen det første skritt mot å bortfortolke forarbeidene, når den uttalte at forarbeidene ikke kan utelukke eksistensen av en negativ foreningsfrihet:

*Assuming ... that, for the reasons given in the ... travaux préparatoires, a general rule such as that in Article 20 par. 2 of the Universal Declaration of Human Rights was deliberately omitted from, and so cannot be regarded as itself enshrined in, the Convention, it does not follow that the negative aspect of a person's freedom of association falls completely outside the ambit of Article 11”.*⁹¹

Uttalelsen må forstås som en oppmykning i forhold til forarbeidenes bevisste utelukkelse av den negative foreningsfrihet. På den annen side tar ikke Domstolen i disse uttalelsene direkte avstand fra uttalelsene i forarbeidene.

Domstolen tok steget fullt ut i *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*, og uttalt at art. 11 skal fortolkes således, at den også omfatter en negativ foreningsfrihet: ”Accordingly, Article 11 (art. 11) must be viewed as encompassing a negative right of association”.⁹² I sistnevnte avgjørelse kommer altså Domstolen til et resultat som står i direkte motstrid til forutsetningene i konvensjonens forarbeider, men som fremstår som en naturlig videreutvikling av uttalelsene i *British Rail*.

Det overnevnte illustrerer et generelt poeng ved Domstolens metode. Domstolen er tilbakeholden med åpent å endre rettsstilstanden. Derfor skjer endringer gjerne etappevis, slik at de ikke fremstår så dramatiske. Denne metode har trolig sammenheng med hensynet til statenes forutberegnlighet og at Domstolen ikke ønsker å fremstå for ”aktivistisk”.

Er fravikelsen overraskende?

Hvordan kan den klare fravikelsen av forarbeidenes forutsetninger forstås i lys av Domstolenes generelle metode? I dette avsnitt knyttes noen kommentarer til dette spørsmålet.

⁹¹ Ibid.

⁹² Avsnitt 35.

Forarbeidene har i utgangspunktet ingen sentral plass ved tolkningen av EMK. Dette er en viktig forskjell mellom folkeretten og i alle fall norsk intern rett, hvor forarbeidene er en viktig rettskildefaktor. Forarbeidene har likevel klart nok en viss betydning også ved konvensjonstolkning. Wien-konvensjonen om traktater art. 32 slår fast at forarbeidene under nærmere angitte omstendigheter kan være ”*supplementary means of interpretation*”. Det finnes også eksempler på at EMD har tillagt forarbeider til dels stor betydning i tolkningen av konvensjonen.⁹³

Den beskjedne rolle forarbeidene generelt tillegges har sammenheng med det grunnleggende folkerettslige utgangspunkt om statssuverenitet. Det er konvensjonsteksten statene har forpliktet seg til, ikke mer eller mindre presise og ofte lite tilgjengelige forhandlingsgrunnlag. Dette hensyn gjør seg gjeldende når det er tale om å tolke konvensjonen utvidende med støtte i forarbeidene. Hensynet til statenes suverenitet kan også tale for å vektlegge forarbeidene der disse gir uttrykk for en bevisst begrensning av statsansvaret etter konvensjonen, slik tilfellet er i forhold til avhandlingens problemstilling.

På bakgrunn av den beskjedne rolle forarbeidene generelt spiller som rettskildefaktor i folkeretten, er det derfor ikke så overraskende at Domstolen har stilt seg relativt fritt i forhold til forarbeidenes uttalelser. Imidlertid er det uenighet internt i EMD i *British Rail*-avgjørelsen om hvilken vekt uttalelser i forarbeidene skal tillegges i forhold til problemstillingen om negativ foreningsfrihet.

Som nevnt mente flertallet at uttalelsene i forarbeidene ikke kunne utelukke eksistensen av den negative foreningsfrihet etter art. 11. Uansett ville ikke flertallet legge avgjørende vekt på uttalelsene i forarbeidene, selv om flertallet var enig i at forarbeidene isolert sett talte mot vern av den negative foreningsfrihet.

⁹³ Jf. eksempelvis *Johnston m. fl. mot Irland*, dom 18. desember 1986, Series A 112, avsnitt 52.

Domstolens mindretall har en helt annen forståelse og vektlegging av uttalelsene i forarbeidene, sammenlignet med flertallet.⁹⁴ Mindretallet uttaler om forarbeidene:

*For the reasons stated above the States Parties to the Convention must be considered to have agreed not to include the negative aspect, and no canon of interpretation can be adduced in support of extending the scope of the Article (art. 11) to a matter which deliberately has been left out and reserved for regulation according to national law and traditions of each State Party to the Convention.*⁹⁵

Mindretallet gir altså uttalelsene i forarbeidene avgjørende vekt i saken.

En innvending mot en så vidt fri holdning til forarbeidenes uttalelser som flertallet synes å legge til grunn, er hensynet til suverenitetsprinsippet. Suverenitetsprinsippet er i mange tilfeller et tungtveiende hensyn mot å tillegge forarbeidene stor betydning i tolkningen av EMK. Imidlertid er situasjonen annerledes i dette tilfellet. Når forarbeidene viser at en rettighet bevisst ble utelatt fra konvensjonen, taler suverenitetsprinsippet for at forarbeidene vektlegges. Statene har forpliktet seg til selve konvensjonsteksten. Hvis Domstolen gjennom dynamisk tolkning inkluderer nye rettigheter i konvensjonen som statene bevisst har ønsket utelatt av konvensjonen, går dette på bekostning av statenes suverenitet.⁹⁶

I avhandlingens kapittel 8 vil jeg komme nærmere inn på forhold som kan forklare den rettsendring som har funnet sted.

6.3 Kjerneområdet av art. 11

Som jeg har vært inne på fant Domstolen i *British Rail*-avgjørelsen at organisasjonspliktklausuler etter omstendighetene kan utgjøre inngrep i EMK art. 11 til tross for at både bestemmelsens ordlyd og uttalelser i forarbeidene talte for at den negative foreningsfrihet ikke var vernet av bestemmelsen. Domstolen tok ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet om den negative

⁹⁴ Mindretallet bestod av de tre nordiske dommerne: Sørensen, Thór Vilhjálmsson og Lagergren.

⁹⁵ Mindretallet dommer Sørensen, avsnitt 5.

⁹⁶ Denne problemstilling behandles nærmere i avhandlingens kapittel 8.2.2.

foreningsfrihet er vernet i samme utstrekning som den positive. Imidlertid tok Domstolens flertall utgangspunkt i en hypotese om at den negative foreningsfrihet ikke er vernet i samme utstrekning som den positive, og at organisasjonspliktklausuler derfor ikke alltid er i strid med art. 11:

“Assuming that Article 11 does not guarantee the negative aspect of that freedom on the same footing as the positive aspect, compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention.”⁹⁷

Av dette følger det ikke at slike klausuler alltid er forenlig med konvensjonen. Domstolen uttaler videre: *“To construe Article 11 as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee”*.⁹⁸ Hvis enhver form for organisasjonspliktklausuler skulle tillates, ville dette etter flertallets oppfatning krenke selve kjernen i foreningsfriheten.

Hvorvidt organisasjonspliktklausuler kan sies å utgjøre et inngrep i konvensjonen vil etter Domstolens praksis avhenge av de konkrete omstendigheter. Nærmere bestemt om disse omstendigheter er av en slik beskaffenhet at de krenker det såkalte kjerneområdet (*“the very substance”*) av art. 11. Det er naturlig å forstå flertallet i *British Rail*-avgjørelsen slik at art. 11 kun kommer til anvendelse der nasjonale myndigheters håndtering av organisasjonspliktklausuler griper inn i *“kjerneområdet”* av bestemmelsen. Henvisningen til kjerneområdet av art. 11 er fulgt opp i senere EMD-praksis.⁹⁹

Det er et interessant poeng at flertallet refererer til kjerneområdet av art. 11. Det er riktignok ikke uvanlig at Domstolen refererer til kjerneområdet av ulike konvensjonsrettigheter.¹⁰⁰ Imidlertid er det oppsiktsvekkende at Domstolens flertall oppstiller et slikt kjerneområde når det som i denne saken er spørsmål om den negative foreningsfriheten i det hele tatt er omfattet av art. 11. Mindretallet i *British Rail*-avgjørelsen anfører at referansen til kjerneområdet av art. 11 kun er relevant der det er spørsmål om å regulere eller begrense eksisterende rettigheter:

⁹⁷ Avsnitt 53.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Jf. *Sibson mot Storbritannia*, *Sigurdur A. Sigurdjónsson mot Island* og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.

¹⁰⁰ Jf. eksempelvis *Young, James and Webster mot Storbritannia*. Dissenterende dommer Sørensen, avsnitt 5.

*”Reference to the “substance” of freedom of association is not relevant in the present context. Although the Court has often relied on the notion of the substance of the rights guaranteed by the Convention, it has done so only when the question was what regulation or limitation of a right was justified. It has held that even in cases where regulation or limitations were allowed explicitly or by necessary implication, they could not go so far as to affect the very substance of the right concerned. In the present case, however, the problem is whether the negative aspect of the freedom of association is part of the substance of the right guaranteed by Article 11”.*¹⁰¹

Helhetsvurdering

Etter Domstolens praksis skal det foretas en helhetsvurdering med vekt på tre momenter når det skal avgjøres om nasjonale myndigheters håndtering av organisasjonsplikt-klausuler kommer innenfor kjerneområdet av art. 11, og således omfattes av bestemmelsens saklige anvendelsesområde. For det første legger Domstolen vekt på når klageren får kjennskap til kravet om medlemskap (det tidsmessige aspekt). Dette momentet behandles i kapittel 6.4. For det annet legger domstolen vekt på hvilke konsekvenser manglende medlemskap vil få for klageren (det tvangsmessige aspekt). Dette behandles i kapittel 6.5. For det tredje legger Domstolen vekt på klagerens subjektive holdning til medlemskapet (det holdningsmessige aspekt). Dette moment behandles i kapittel 6.6. Det må i den enkelte sak foretas en helhetsvurdering av om inngrepet har tilstrekkelig intensitet til å utgjøre et inngrep i art. 11. I det følgende vil jeg analysere Domstolens utlegning av de nevnte tre momenter.

6.4 Det tidsmessige aspekt

Tidspunktet når individet får kjennskap til kravet om medlemskap i den aktuelle fagforening har betydning for vurderingen av om det foreligger et inngrep i konvensjonsvernet etter EMK art. 11. Hvis organisasjonsplikt-klausulen introduseres som et etterfølgende vilkår etter at arbeidstakeren har oppnådd ansettelse, vil Domstolen lettere konstatere inngrep i art. 11, sammenlignet med situasjonen hvor klausulen blir introdusert som en forutsetning i forkant av ansettelse.

¹⁰¹ Dissenterende dommer Sørensen, avsnitt 5.

Begrunnelsen for denne sontringen er at i den sistnevnte situasjon har den ansatte hatt mulighet til å innstille seg på kravet før han eller hun tiltrer stillingen. Hensynet til den personlige autonomi taler altså for vektlegging av dette hensyn.¹⁰²

Det er nær sammenheng mellom det tidsmessige aspekt og graden av tvang (det tvangsmessige aspekt behandles nedenfor i avhandlingens kapittel 6.5). I de tilfeller hvor medlemskap er en forutsetning allerede ved ansettelsesforholdets begynnelse, er graden av tvang mindre enn der krav om medlemskap introduseres som et etterfølgende vilkår.

British Rail-saken illustrerer at EMD vektlegger dette momentet. De aktuelle organisasjonspliktklausuler ble inngått etter ansettelsen. Klagerne hadde derfor ikke kjennskap til kravet om fagforeningsmedlemskap forut for ansettelsen. I dommen ble det tidsmessige aspekt sett i sammenheng med det tvangsmessige aspekt tillagt avgjørende vekt. Domstolen uttalte:

*” a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and, in the present case, it was directed against persons engaged by British Rail before the introduction of any obligation to join a particular trade union. In the Court's opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11. For this reason alone, there has been an interference with that freedom as regards each of the three applicants”.*¹⁰³

Det at klagerne risikerte å miste sitt arbeid og levebrød samt at organisasjonspliktklausulen ble introdusert som et etterfølgende vilkår etter at klagerne hadde arbeidet ved British Rail i mange år, var tilstrekkelig til å konstatere inngrep i art. 11. Domstolen så på kravet om medlemskap som en slags bristende forutsetning i forhold til de vilkår arbeidstakerne hadde akseptert i forkant av ansettelsen.

¹⁰² Autonomihensynet behandles nærmere i avhandlingens kapittel 8.3.1.

¹⁰³ Avsnitt 55.

Det tidsmessige aspekt gjorde seg ikke gjeldende på samme måte i avgjørelsen *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*. På grunn av helt spesielle omstendigheter er det uklart, hvilken vekt, om noen, Domstolen har tillagt det tidsmessige aspekt i denne saken.

Momentet er ikke avgjørende

Fram til januar 2006 var enkelte av Europarådets medlemsstater av den oppfatning at det tidsmessige aspekt er det avgjørende moment i helhetsvurderingen.¹⁰⁴ Eksempelvis var den danske lovgivningen innrettet slik at organisasjonspliktklausuler positivt var tillatt hvis disse var en forutsetning på ansettelsestidspunktet, men uttrykkelig forbudt hvis klausulen ble introdusert som et etterfølgende vilkår.¹⁰⁵ Denne oppfatning kan ikke opprettholdes etter Domstolens storkammeravgjørelse i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.¹⁰⁶

De aktuelle organisasjonspliktklausuler ble introdusert som en forutsetning i forkant av ansettelse både for klageren Sørensen og klageren Rasmussen. Sørensen ble tilsatt som sommervikar fra juni til august 1996. Han ble gjennom tilsettingstilbudet informert om at det var et vilkår for tilsetting at han ble medlem av fagforeningen SID, tilknyttet dansk LO. Han valgte i stedet å melde seg inn i Frie Fagforening, som ikke var tilknyttet dansk LO, og informerte sin arbeidsgiver om at han ikke ønsket medlemskap i SID. Dagen etter ble han oppsagt.

Den andre klageren, Rasmussen, ble etter lengre tid som arbeidsledig tilbudt ny jobb ved Gartneriet i Regnmark under betingelse av at han ble medlem av SID. Han aksepterte jobbtilbudet og meldte seg motvillig inn i fagforeningen. Dette til tross for at han ikke delte foreningens politiske syn. Rasmussen ble aldri oppsagt.

Før de begynte i sine respektive stillinger, var begge klagere derfor kjent med kravet om innmeldelse i SID, og at dette var en betingelse for å oppnå og beholde ansettelsen. Begge

¹⁰⁴ Dette var holdningen til Danmark og Island. Om andre medlemsstater var av en slik oppfatning er uklart.

¹⁰⁵ Jf. den danske lov om beskyttelse mod avskjedigelse i foreningsforhold av 9. juni 1982 med endringer av 13. juni 1990 (foreningsfrihetsloven). Loven ble vedtatt i kjølvannet av *British Rail*-avgjørelsen for å leve opp til de krav danske myndigheter mente kunne utledes av avgjørelsen.

¹⁰⁶ Dommen falt 11. januar 2006.

klagerne hevdet likevel at behandlingen de ble utsatt for og de danske domstolars godkjenning av behandlingen var i strid med EMK art. 11.

Domstolen kom til at danske myndigheters håndtering av klausulene utgjorde inngrep i EMK art. 11. Domstolen uttalte:

*”an individual cannot be considered to have renounced his negative right to freedom of association in situations where, in the knowledge that trade-union membership is a pre-condition of securing a job, he accepts an offer of employment notwithstanding his opposition to the condition imposed. Accordingly, the distinction made between pre-entry closed-shop agreements and post-entry closed-shop agreements in terms of the scope of the protection guaranteed by Article 11 is not tenable. At most this distinction is to be seen as a consideration which will form part of the Court’s assessment of the surrounding circumstances and the issue of their Convention-compatibility”.*¹⁰⁷

De danske domstolars håndtering av den danske foreningsfrihetslov var derfor i strid med art. 11.

Domstolen fant at det faktum at klagerne aksepterte medlemskap i SID som en av betingelsene for deres ansettelse, ikke i tilstrekkelig grad endrer på det element av tvang som det innebærer at de skulle melde seg inn i en fagforening mot deres vilje. Hvis de hadde nektet å melde seg inn, ville de aldri blitt ansatt. I denne forbindelse er Domstolen oppmerksom på at enkeltpersoner som søker arbeid ofte står i en sårbar posisjon, og derfor er særlig ivrige på å innfri betingelsene for ansettelse i den aktuelle stilling. Argumentet er at personer som søker arbeid ikke står overfor et reelt valg. Derfor bør man være varsom med å legge for stor vekt på autonomihensynet.

På bakgrunn av disse uttalelsene er det klart, at det tidsmessige aspekt kun er et av flere momenter, og ikke avgjørende for helhetsvurderingen. *Sørensen og Rasmussen*-avgjørelsen har allerede fått store konsekvenser for dansk lovgivning og praksis på området. Den 17. januar 2006 besluttet dansk LO å fjerne alle avtaler om organisasjonstvang på det danske arbeidsmarked,

¹⁰⁷ Avsnitt 56.

hvilket innebærer at det ikke vil bli tatt noen rettslige skritt dersom et medlem melder seg ut av en forening.¹⁰⁸

6.5 Det tvangsmessige aspekt (tap av inntektsgrunnlag)

Hvilke konsekvenser risikerer arbeidstakeren hvis han ikke godtar kravet om medlemskap? Dette er et sentralt moment som Domstolen vektlegger når den tar stilling til om organisasjonspliktklausuler utgjør inngrep i EMK art. 11. Det tvangsmessige aspekt fokuserer på spørsmålet om hva som vil skje dersom personen ikke bøyer seg for organisasjonspliktklausulen. Jo sterkere konsekvenser arbeidstakeren utsettes for hvis han eller hun ikke godtar kravet om medlemskap, desto mer vil han eller hun oppleve vilkåret om organisasjonsmedlemskap som tvang, og desto lettere vil Domstolen konstatere at organisasjonspliktklausulen utgjør inngrep i foreningsfriheten etter art. 11.

Tap av arbeid

Konsekvensen av ikke å respektere organisasjonspliktklausuler vil som regel være at individet vil bli utelukket fra den stillingen han eller hun søker, eller mister sin stilling dersom han eller hun melder seg ut av foreningen etter å ha oppnådd ansettelse. Hvor alvorlig dette vil oppleves for det aktuelle individ har sammenheng med mulighetene til å oppnå tilsvarende stilling annet sted. Er det mulig å oppnå tilsvarende stilling på tilsvarende betingelser? Må individet flytte for å oppnå tilsvarende stilling?

I den ytterste konsekvens kan arbeidstakeren nærmest bli utestengt fra arbeidsmarkedet hvis han ikke vil akseptere organisasjonsplikten. Særlig alvorlig er konsekvensene dersom organisasjonspliktklausuler er utbredt innen bestemte bransjer i det området arbeidstakeren søker arbeid. Eksempelvis har organisasjonspliktklausuler i Danmark vært utbredt innen bransjene bygg, anlegg og gartneri.¹⁰⁹ Arbeidstakere som ikke ønsker fagforeningsmedlemskap innenfor disse bransjer på det danske arbeidsmarked ville oppleve å få sine muligheter på arbeidsmarkedet

¹⁰⁸ Jf. Advokatbladet nr. 2 2006, s 14.

¹⁰⁹ Betænkning nr. 1419 Udvalget om Eksklusivbestemmelser. Beskæftigelses-ministeriet. København, juni 2002. s. 42-45.

dramatisk redusert Arbeidstakere kan oppleve at det er tilnærmet umulig å oppnå tilsvarende arbeid. Utmeldelse av fagforeningen vil i slike tilfeller ha uopprettelige økonomiske så vel som sosiale konsekvenser for arbeidstakeren. Han eller hun utsettes slik sett for en meget høy grad av tvang.

I *British Rail*-saken ble det tillagt betydelig vekt at kravet om medlemskap nærmest avskar klagerne fra å få en stilling innenfor sitt aktuelle yrke.¹¹⁰ Slike klausuler var utbredte blant virksomheter tilknyttet den britiske jernbanen. Klagerne ble dermed avskåret fra å arbeide, og de mistet sitt levebrød. Domstolen uttalte, at “*a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion*”.¹¹¹ Det tvangsmessige aspekt gjorde seg gjeldende med full tyngde og var av stor betydning for Domstolen når den konstaterte at art. 11 kom til anvendelse og var krenket.

Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island gjaldt et lovbestemt krav til drosjesjåfører om medlemskap i en lokal forening for drosjesjåfører (Frami). Sigurjónsson, som var drosjesjåfør i Reykjavik, hadde kjøretillatelse for drosje. Han nektet å bli medlem av Frami, og kjøretillatelsen hans ble derfor trukket tilbake. I realiteten innebar dette et yrkesforbud. Medlemskap i Frami var en absolutt forutsetning for å få drosjeløyve på Island. Domstolen kom til at denne form for tvangsmedlemskap var å anse som et inngrep, og at det press som var utøvd overfor klageren i seg selv var i strid med art.11.¹¹²

Tilsvarende var situasjonen for Rasmussen i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Rasmussen hadde tidligere vært medlem av SID, men sa opp sitt medlemskap og meldte seg i stedet inn i Kristelig Fagforening. Etter en periode med arbeidsløshet påbegynte han sin nåværende stilling på en planteskole etter å ha gjeninnmeldt seg i SID til tross for sin motvilje mot foreningen. Det var umulig å avgjøre om han ville forblitt arbeidsløs, hvis han ikke på daværende tidspunkt hadde akseptert klausulen. Det var tvilsomt om han, hvis han meldte seg ut av SID og ble oppsagt fra sin nåværende stilling, ville oppnå tilsvarende ansettelse hos en arbeidsgiver som ikke ville stilt vilkår om organisasjonsplikt. Det tvangsmessige aspekt var derfor av sentral betydning da

¹¹⁰ Se avsnitt 55.

¹¹¹ Avsnitt 55.

¹¹² Avsnitt 36-37.

Domstolen konstaterte at organisasjonspliktklausulen utgjorde inngrep i Rasmussens fagforeningsfrihet slik denne er sikret i EMK art. 11.¹¹³

Alternativ løsning

Graden av tvang forminskes i de tilfeller hvor klager har adgang til en alternativ løsning på sitt problem og dermed i større grad har et reelt valg. I *Sibson mot Storbritannia* gjorde ikke det tvangsmessige aspekt seg gjeldende på samme måte som i bl.a. *British Rail*-avgjørelsen og *Sigurjónsson* -avgjørelsen.

Sibson var sjåfør for et tungtransportfirma i Lancashire, og var stasjonert i distriktet Greengate. Klager var opprinnelig medlem i fagforeningen TGWU, men meldte seg ut av foreningen i protest mot påstander mot ham om underslag fra foreningens kasse. Det kom til konflikt mellom klager og andre fagforeningsmedlemmer i bedriften. Bedriften lyktes ikke å løse konflikten. Nær alle ansatte i transportselskapet var medlemmer av TGWU. De fikk etter hvert igjennom en organisasjonspliktklausul med transportfirmaet. Avtalen betydde at Sibson i realiteten måtte melde seg inn i TGWU igjen, eller flytte til et annet transportdistrikt for å kunne arbeide i bedriften.

Domstolen sammenlignet situasjonen til Sibson med situasjonen til klagerne i *British Rail*-dommen, og konstaterte at det tvangsmessige aspekt ikke gjør seg gjeldende på samme måte overfor Sibson:

*“Mr Sibson was in a rather different position: he had the possibility of going to work at the nearby Chadderton depot, to which his employers were contractually entitled to move him; their offer to him in this respect was not conditional on his rejoining TGWU; and it is not established that his working conditions there would have been significantly less favourable than those at the Greengate depot”.*¹¹⁴

¹¹³ Avsnitt 62.

¹¹⁴ Avsnitt 29.

Domstolen fant ikke at organisasjonspliktklausulen utgjorde inngrep i EMK art. 11, og la avgjørende vekt på at klager ikke risikerte å miste sitt levebrød. Sibson fikk tilbud om å bli flyttet til en annen arbeidsplass innenfor samme organisasjon. Pålegget om overflytting til et annet distrikt var ikke gjort betinget av at han var medlem av TGWU. Det var heller ikke bevist at arbeidsforholdene i det nye distriktet ville være vesentlig dårligere enn i det distriktet han opprinnelig var ansatt i. Domstolen fant av disse grunner at det ikke forelå et inngrep etter EMK art. 11.

Etter at Domstolen konstaterte inngrep også overfor Sørensen, i avgjørelsen *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*, kan en spørre seg hvor stor vekt man skal legge på eventuelle alternative løsninger på problemet. Sørensen var ansatt som sommervikar, og det var ikke tvilsomt at han kunne ha oppnådd tilsvarende sommerengasjement et annet sted, uten vilkår om organisasjonsplikt. Overfor ham var ikke konsekvensene tap av levebrød hvis han ikke bøyde av for organisasjonspliktklausulen. På lengre sikt var han ikke avhengig av å beholde sin stilling.¹¹⁵ Graden av tvang var derfor mer beskjeden i forhold til ham.

Disse forhold var imidlertid ikke avgjørende for EMD. Domstolen påpekte at Sørensen ble avskjediget uten varsel og som en direkte følge av at han nektet å etterleve kravet om medlemskap i SID. Medlemskapet hadde ingen betydning for hans evne til å utføre sitt arbeid eller hans evne til å tilpasse seg kravene på arbeidsplassen. Domstolen fant at denne konsekvens måtte anses som alvorlig og i motstrid med selve essensen av det frie valg.¹¹⁶ Selv om graden av tvang overfor Sørensen var betydelig mindre sammenlignet med klagerne i *British Rail*-saken, Sigurjónsson og Rasmussen, gjorde dette moment seg likevel gjeldende med slik tyngde at det grep inn i ”kjerneområdet” av EMK art. 11.

Etter sistnevnte avgjørelse er det nok først og fremst i situasjoner hvor arbeidsgiver kan tilby omplassering innenfor samme virksomhet, slik situasjonen var i *Sibson mot Storbritannia*, at det tvangsmessige aspekt ikke gjør seg gjeldende med slik tyngde at dette moment alene er tilstrekkelig til å konstatere inngrep i art. 11.

¹¹⁵ Avsnitt 61.

¹¹⁶ Ibid.

6.6 Det holdningsmessige aspekt (meningstvang)

Det fremgår av Domstolens praksis at individets subjektive holdninger til kravet om medlemskap tillegges vekt når det skal avgjøres hvorvidt det er skjedd et inngrep i dets negative foreningsfrihet.¹¹⁷ Karakteristisk for det holdningsmessige aspekt, i motsetning til det tvangsmessige aspekt, er at fokuset flyttes til hva som vil skje hvis personen bøyer seg for organisasjonspliktklausulen og tilslutter seg foreningen.¹¹⁸ Hva vil offeret være for den som aksepterer en organisasjonspliktklausul til tross for personlige motforestillinger mot medlemskap i den aktuelle forening?

Domstolen legger i den forbindelse vekt på karakteren og omfanget av individets motvilje mot den aktuelle fagforenings verdigrunnlag. Hvis vilkår om organisasjonsplikt reelt innebærer en form for meningstvang, taler dette for at det foreligger inngrep i art. 11. Hvis vilkår om organisasjonsplikt kun innebærer redusert valgfrihet for individet, er det holdningsmessige aspekt neppe alene tilstrekkelig til å konstatere inngrep i art. 11. Hvis arbeidstakeren overhodet ikke har noen holdningsmessige motforestillinger mot medlemskap, men ikke ønsker medlemskap av helt andre grunner, har dette momentet kun beskjedne vekt i helhetsvurderingen.

Meningstvang

Hvordan kan vilkår om medlemskap i en bestemt fagforening reelt utgjøre meningstvang?

I mange stater er fagbevegelsen sterkt knyttet til bestemte politiske partier. I Norge er de tette bånd mellom LO og Arbeiderpartiet et velkjent eksempel.¹¹⁹ Tilsvarende tette bånd mellom fagforeninger og politiske partier er vanlig i en rekke andre land. Kombinasjonen av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet og nære forbindelser mellom fagforeninger og bestemte politiske partier kan være problematisk for individene som omfattes av slike klausuler. Tvunget medlemskap i en fagforening kan reelt sett innebære en økonomisk, praktisk, ideologisk

¹¹⁷ Jf. *Young, James and Webster mot Storbritannia*, avsnitt. 57, *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*, avsnitt 37 og *Chassagnou m.fl. mot Frankrike*, dom 29. april 1999, Reports 1999-III, avsnitt 109.

¹¹⁸ Som nevnt ovenfor er jo fokuset ved det tvangsmessige aspekt hvilke konsekvenser klager risikerer hvis han motsetter seg kravet om medlemskap i den aktuelle forening.

¹¹⁹ Et eksempel på disse tette bånd er at både LO-leder Gerd Liv Valla, lederen i Fagforbundet, Jan Davidsen, og Fellesforbundets leder, Kjell Bjørndalen, sitter i Arbeiderpartiets sentralstyre pr 01. mai 2006. Et annet eksempel er at LO regelmessig bidrar med betydelig støtte til Arbeiderpartiets valgkamp i forkant av stortingsvalg.

eller symbolsk støtte til partiet og dets politikk. Dette kan være problematisk for arbeidstakere som sympatiserer med andre partier og andre politiske standpunkt. For individene kan dette naturlig nok oppfattes som en slags meningstvang. For å få eller beholde sitt arbeid, tvinges individene til å være med i en organisasjon som fører en politikk de kan være imot.

Organisasjonspliktklausuler kan av disse grunner være problematisk i forhold til andre menneskerettigheter som er regulert i EMK, nemlig tankefriheten (art. 9) og ytringsfriheten (art. 10) i tillegg til foreningsfriheten.¹²⁰ Foreningsfriheten er viktig for å gjennomføre tankefriheten, meningsfriheten og ytringsfriheten slik disse er sikret etter EMK art. 9 og 10. Et viktig formål bak art. 11 er å sikre gjennomføringen av art. 9 og 10. I *British Rail*-avgjørelsen uttalte Domstolen dette generelt:

*“The protection of personal opinion afforded by Articles 9 and 10 in the shape of freedom of thought, conscience and religion and of freedom of expression is also one of the purposes of freedom of association as guaranteed by Article 11 (art. 11)”.*¹²¹

Ytrings- og tankefriheten anses, sammen med foreningsfriheten, også som nødvendige forutsetninger for et demokratisk samfunn.¹²² Når den negative foreningsfriheten ivaretas, øker dette individenes muligheter til å velge fagforening i overensstemmelse med egne ønsker og politiske preferanser. Dermed bidrar denne retten også til at nye organisasjoner får bedre muligheter til å etablere seg og arbeide for sine saker. Sikring av informasjonsfrihet, informasjonsutveksling og et levende foreningsliv var en viktig årsak til at opphavsmennene bak FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter ønsket så få restriksjoner på foreningsfriheten som mulig.¹²³ Demokratihensynet behandles nærmere i kapittel 8.3.2 nedenfor.

¹²⁰ En annen ting er at organisasjonspliktklausuler også kan være problematisk i forhold til eiendomsretten pga. medlemsavgift til foreningen. Denne problemstillingen blir ikke behandlet i denne avhandlingen.

¹²¹ Avsnitt 57.

¹²² Se eksempelvis *United Communist Party of Turkey and m.fl. mot Tyrkia*, dom 30. januar 1998, Reports 1998-1, avsnitt 45.

¹²³ Jf. Morsink s. 65-69

EMK art. 9 og 10 kan av disse grunner være sentrale ved tolkningen av art. 11.¹²⁴

I *British Rail*-avgjørelsen sondret Domstolen mellom de tre klagerne i sin vurdering av hvilken betydning hensynet til menings- og ytringsfriheten skulle tillegges. Young og Webster hadde sterke subjektive motforestillinger mot medlemskap i fagforeningene, blant annet på grunn av den politikk fagforeningene utøvet, og foreningenes politiske og ideologiske ståsted (dette siste gjaldt kun Young). Domstolen uttalte: "*it strikes at the very substance of this article... to compel someone to join an association contrary to his convictions*".¹²⁵

For Young og Webster var denne begrunnelsen alene tilstrekkelig til at det forelå et inngrep i deres foreningsfrihet etter EMK art. 11. Dette fremgår uttrykkelig av Domstolens begrunnelse. Domstolen uttalte om dette: "*In this further respect, the treatment complained of - in any event as regards Mr. Young and Mr. Webster - constituted an interference with their Article 11 rights*".¹²⁶

Domstolens avgjørelse i *Sigurdur A. Sigurdjónsson mot Island* bekrefter at EMD legger stor vekt på klagerens personlige overbevisning. Sigurdjónsson hadde innvendinger mot medlemskap i foreningen, delvis fordi han var uenig i dens politikk, som gikk ut på å begrense antallet drosjer og således adgangen til yrket. Etter hans oppfatning var statens interesser bedre tjent med en betydelig personlig frihet. Domstolen fant at art. 11 under de foreliggende omstendigheter måtte tolkes i lyset av art. 9 og 10.¹²⁷

Det holdningsmessige aspekt ble vektlagt også i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Domstolen la vekt på at begge klagere protesterte mot medlemskapet i SID med den begrunnelse, at de ikke kunne stå inne for fagforeningens politiske holdninger.¹²⁸ Sørensen ønsket å være medlem av Danmarks Frie Fagforening, og den andre klager, Rasmussen, ønsker å være medlem av Kristelig Fagforening.

¹²⁴ Se eksempelvis *Sigurdur A. Sigurdjónsson mot Island* og *Young, James and Webster mot Storbritannia*. I begge disse avgjørelsene anvendte EMD art. 11 som *lex specialis* og art. 9 og 10 ble anvendt som tolkningsfaktorer for den nærmere forståelsen av art. 11.

¹²⁵ Avsnitt 57.

¹²⁶ Avsnitt 57.

¹²⁷ Avsnitt 37.

¹²⁸ Avsnitt 63.

Den danske regjering hadde i saken fremhevet at klagerne hadde muligheten til å reservere seg mot at medlemsavgiften ble brukt til å støtte politiske partier. Etter den danske lovgivning var det adgang til å reservere seg mot at egen fagforeningskontingent ble brukt til direkte økonomisk støtte til bestemte politiske partier.¹²⁹ Den Danske regjering argumenterte for at det holdningsmessige aspekt derfor ikke gjorde seg gjeldende overfor Sørensen og Rasmussen, på samme måte som overfor klagerne i *British Rail*- og *Sigurjónsson* -avgjørelsene. Domstolen var ikke enig i dette. Domstolen bemerket at et sådant "ikke-politisk medlemskap", som den danske ordning la opp til, ikke medførte noen reduksjon i medlemskontingenten for den aktuelle arbeidstaker som benyttet seg av ordningen. Det var således kun snakk om regnskapsmessige detaljer, som ikke fikk betydning for Domstolens vurdering av om art. 11 kom til anvendelse. Under enhver omstendighet forelå det ingen garanti for at et slikt "ikke-politisk medlemskap" ikke ville medføre en form for indirekte støtte til de politiske partier, som mottok økonomisk støtte fra den aktuelle fagforening.¹³⁰

Valgfrihet

Også andre subjektive motforestillinger kan tale for å verne individenes negative foreningsfrihet. Motstandere av organisasjonspliktklausuler kan argumentere med at den negative foreningsfriheten er viktig for å sikre en best mulig representasjon i forhold til fagforeningsmedlemmenes interesser. Når medlemmene fritt kan melde seg ut, kan man ut fra et konkurransesynspunkt hevde at dette virker skjerpene på fagforeningene og deres fokus på medlemmenes interesser. Uten en slik mulighet kan en lett tenke seg at foreningene blir sløvet av sin monopolsituasjon, og i lengden vil dette neppe tjene verken fagforeningen selv eller dens medlemmer.

Klageren James, i *British Rail*-avgjørelsen, hadde subjektive motforestillinger mot medlemskap, men disse var av en noe annen karakter enn det forholdet var med Young og Webster. James hadde ikke politiske motforestillinger mot medlemskap i fagforeningen. Men han var ikke overbevist om at medlemskap i foreningen var til fordel for ham selv, og han var prinsipiell

¹²⁹ Avsnitt 63.

¹³⁰ Ibid.

tilhenger av valgfrihet. Han mente at fagforeningen ikke i tilstrekkelig grad ivaretok medlemmenes interesser.¹³¹ Flertallet fant ikke at James sine subjektive motforestillinger alene var tilstrekkelig tungtveiende til å konstatere inngrep i art. 11. James var ikke utsatt for meningsstvang gjennom organisasjonsplikten. Dette forholdet var derfor ikke tilstrekkelig til å konstatere inngrep i hans negative foreningsfrihet etter EMK art. 11.

Domstolen legger altså vekt på individenes begrunnelse for ikke å ønske medlemskap i fagforeningene. Ikke enhver subjektiv motforestilling mot medlemskap anses like tungtveiende. Hvis motforestillingene handler om fagforeningens politikk, eller dens politikk og ideologi, slik situasjonen var for Young og Webster, er dette alene tilstrekkelig til å konstatere at EMK art. 11 kommer til anvendelse. Hvis motforestillingene derimot handler om at individet ikke ser seg tjent med medlemskap av økonomiske grunner, eller fordi han eller hun mener at fagforeningen ikke i tilstrekkelig grad ivaretar vedkommendes interesser, slik situasjonen var for James, er ikke disse motforestillingene alene tilstrekkelig til å konstatere inngrep i art. 11.

Det at flertallet i EMD i denne saken sonderer mellom ulike begrunnelser for ønsket om å stå utenfor den aktuelle fagforening tyder på at flertallet, i det minste i noen grad, anerkjenner et visst spenningsforhold mellom den positive og den negative foreningsfrihet. I kapittel 7.4 nedenfor kommer jeg bl.a. nærmere inn på spørsmålet om individets begrunnelse for sitt ønske om å stå utenfor foreningen er et egnet vurderingstema når forholdet mellom den positive og den negative foreningsfrihet skal avveies, gitt at foreningsfrihetens to sider kan komme i konflikt med hverandre.

Unødvendig begrunnelse

Et interessant poeng ved *British Rail*-avgjørelsen er at flertallet anfører en dobbel begrunnelse for å konstatere at organisasjonspliktklausulene krenker art. 11s "kjerneområde" og at det følgelig foreligger et inngrep i art. 11. Den første begrunnelsen som omhandler det tidsmessige og det tvangsmessige aspekt, gjaldt for alle tre klagerne. Den andre begrunnelsen, som omhandler det holdningsmessige aspekt, gjorde seg kun gjeldende i tilstrekkelig grad for to av klagerne. Sistnevnte begrunnelse var derfor unødvendig for Domstolens resultat (*obiter dictum*), uten at det

¹³¹ Avsnitt 37.

av den grunn bør føre til at Domstolens uttalelser om det holdningsmessige aspekt tillegges mindre rettskildemessig vekt.

Sibson mot Storbritannia

I *Sibson mot Storbritannia* gjorde ikke det holdningsmessige aspekt seg gjeldende, og Domstolen fant heller ikke at det på dette grunnlag var skjedd et inngrep i art. 11. Sibson hadde ikke innvendinger mot igjen å bli medlem av TGWU på grunn av noen bestemt overbevisning eller holdning.¹³² Årsaken til at Sibson ikke ønsket medlemskap i foreningen, var at han følte de hadde behandlet ham urettferdig.¹³³ Domstolen legger til grunn at han ville meldt seg inn i fagforeningen igjen hvis han hadde fått en akseptabel unnskyldning vedrørende den tidligere hendelse, og fant derfor at hans sak ikke kunne betraktes i lys av art. 9 og 10 i konvensjonen.¹³⁴

6.7 Oppsummering

Det fremgår av EMDs avgjørelser at nasjonal opprettholdelse av organisasjonsplikt-klausuler ikke alltid vil utgjøre inngrep i EMK art. 11. Kun der nasjonale myndigheters håndtering av en organisasjonsplikt-klausul etter de konkrete omstendigheter i saken griper inn i selve kjernen av organisasjonsfriheten, vil det foreligge et inngrep i EMK art. 11. Motsetningsvis: Hvis den nasjonale håndtering av organisasjonsplikten ikke griper inn i kjerneområdet foreligger det heller ikke inngrep i EMK art. 11.

Praksis viser likevel at organisasjonsplikt-klausuler i mange situasjoner kan utgjøre inngrep i EMK art. 11. Både det tidsmessige, det tvangsmessige og det holdningsmessige aspekt er av betydning.

Betydningen av det tidsmessige aspekt er nok mindre enn det mange antok fram til Domstolens avgjørelse i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* som ble avsagt i januar i år (2006). Domstolen legger vekt på at personer som søker arbeid ofte er i en presset situasjon, og derfor ikke står

¹³² avsnitt 29.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

overfor et reelt valg. Derfor er Domstolen varsom med å legge for stor vekt på autonomihensynet i denne sammenheng.

Domstolen har særlig vektlagt det tvangsmessige aspekt. Hvis arbeidstaker risikerer å tape sitt arbeid hvis han ikke aksepterer organisasjonspliktklausulen, vil dette gjennomgående være tilstrekkelig til å konstatere inngrep. Unntak kan likevel tenkes. Hvis arbeidsgiver kan tilby arbeidstaker omtrent tilsvarende arbeid til omtrent tilsvarende betingelser innenfor sin organisasjon, vil organisasjonspliktklausulen kunne gå klar av EMK art. 11. Slik var situasjonen eksempelvis i avgjørelsen *Sibson mot Storbitannia*.

Også det holdningsmessige aspekt kan alene være tilstrekkelig til at art. 11 kommer til anvendelse. Domstolen legger i den forbindelse særlig vekt på karakteren og omfanget av individets motvilje mot den aktuelle fagforenings verdigrunnlag.

7 Domstolens nødvendighetsvurdering

I dette kapittel vil jeg redegjøre for de vilkår som må være oppfylt for at en organisasjonspliktklausul som i utgangspunktet utgjør et inngrep i EMK art. 11, likevel ikke skal krenke bestemmelsen. Særlig vil jeg behandle vilkåret om at inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn. Innledningsvis er det nødvendig å plassere analysene i en rettslig ramme. Videre drøfter jeg fem momenter som er av betydning når Domstolen skal vurdere om et inngrep i den negative foreningsfrihet etter EMK art. 11 kan godtas som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Enkelte momenter tillegges ulik betydning ved ulike typetilfeller av organisasjonspliktklausuler. Hensynet til det nasjonale arbeidsmarked gjør seg f. eks først og fremst gjeldende i situasjoner hvor organisasjonspliktklausuler inngås ved avtale mellom fagforening og arbeidsgiver. Hensynet til kontroll- og reguleringsbehov gjør seg på den annen side først og fremst gjeldende i de situasjoner der organisasjonspliktklausulen er pålagt uavhengige profesjonsutøvere (selvstendig næringsdrivende) ved lov. Andre momenter gjør seg gjeldende uavhengig av type organisasjonspliktklausul.

7.1 Innledning

Dersom statens håndtering av en organisasjonspliktklausul utgjør et inngrep i EMK art. 11 (som altså var tema i forrige kapittel), oppstår spørsmål om den negative organisasjonsfrihet er krenket. Ikke ethvert vilkår om organisasjonsplikt som utgjør inngrep etter art. 11 blir ansett som krenkelse av konvensjonen. Hvis enkelte nærmere angitte vilkår i art. 11 (2) er oppfylt på det offentliges hånd, kan et inngrep i den negative foreningsfrihet aksepteres. Art. 11 (2) lyder i autentisk engelsk versjon:

“No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national

security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others”.

I den norske offisielle oversettelsen inntatt i menneskerettsloven har bestemmelsen følgende ordlyd: *”Utøvelsen av disse rettigheter skal ikke bli undergitt andre innskrenkninger enn de som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”.*

Domstolen skiller ikke skarpt mellom de momenter som har betydning i forhold til spørsmålet om EMK art. 11 kommer til anvendelse og de momenter som har betydning i forhold til om (det eventuelle) inngrepet kan godtas etter inngrepsvilkårene i art. 11 (2). Enkelte momenter er tillagt betydning i begge henseende.

Organisasjonspliktklausuler kan således godtas på menneskerettslig grunnlag dersom offentlige myndigheter kan godtgjøre at en har handlet innenfor de retningslinjer for legitim myndighetsregulering som følger av art. 11 (2). Retningslinjene er utformet som tre kumulative vilkår. Hvis staten kan bevise at alle tre vilkår for legitim atferd er oppfylt, foreligger det altså ikke krenkelse av konvensjonen, til tross for at det foreligger et ”inngrep”. Inngrepet må være ”i samsvar med lov”, ivareta nærmere oppregnede offentlige formål og være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Inngrepsvilkårene i art. 11 (2) er formulert nærmest likelydende med inngrepsvilkårene i artiklene 8 (2) (retten til privatliv og familieliv), 9 (2) (religionsfrihet) og 10 (2) (ytringsfrihet). Praksis omkring forståelsen av inngrepsvilkårene for disse rettigheter kan derfor være relevant for forståelsen av inngrepsvilkårene etter art. 11 (2).

Vilkårene skal etter praksis tolkes strengt. I *Gorzelik med flere mot Polen*, som gjaldt en beslektet problemstilling i forhold til avhandlingens tema, uttalte Domstolen: *“the exceptions set out in Article 11 are to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify*

restrictions on the freedom of association”.¹³⁵ En må anta at tilsvarende som utgangspunkt gjelder for spørsmålet om omfanget av den negative foreningsfrihet.

Lovskravet

Det er for det første et vilkår at inngrepet må ha hjemmel i lov. I artikkel 11 (2) kommer det til uttrykk som et krav om at inngrep må være ”i samsvar med loven” (*”prescribed by law”*). Hva som nærmere ligger i dette kravet er presisert i EMDs praksis. En variant av det samme prinsippet er også kjent i norsk rett, og omtales gjerne som legalitetsprinsippet. Formålet med lovskravet er blant annet at individene i rimelig grad må kunne forutse hvilke konsekvenser en gitt handling vil få. Prinsippet er sentralt i enhver rettsstat.¹³⁶ Den nasjonale rettsregel som tillater organisasjonsplikt-klausuler må oppfylle lovskravet. Imidlertid er ikke dette kravet problematisert i Domstolens praksis på den negative foreningsfrihetens område.¹³⁷ Det kan likevel ikke utelukkes at det i fremtiden kan oppstå spørsmål om en nasjonal rettsregel som tillater organisasjonsplikt-klausuler oppfyller dette kravet.

Formålsskravet

Organisasjonsplikt-klausuler må for det andre ha et formål som tilsvarende et av de godtatte formål for myndighetsutøvelse som nevnes i art. 11 (2). De godtatte formål er vidtrekkende. I sin prøvelse har EMD sjelden en streng vurdering av om inngrepet oppfyller et av de legitime formålene.

Som nevnt har organisasjonsplikt-klausuler blant annet som formål å verne om de fagorganisertes interesser, og det må derfor kunne sies at klausulene generelt ”verner om andres rettigheter”.

¹³⁵ Jf. *Gorzelik med flere mot Polen*, dom 20. desember 2001, Reports 2004-I, avsnitt 58.

¹³⁶ Selv om både legalitetsprinsippet i norsk rett og lovprinsippet i EMK er utslag av det samme rettsstatsprinsipp, er det likevel betydelige forskjeller. Mens det internrettslige (norske) legalitetsprinsipp som den store hovedregel krever at inngrepet er forankret i formell lov, er dette ikke noe absolutt krav etter EMK. Formuleringen ”prescribed by law” omfatter, i samsvar med den engelske common law-tradisjonen, også hjemler som har sitt fundament i sedvane, rettspraksis og endog administrativ praksis. Det er videre verdt å merke seg at Domstolen ikke nøyer seg med å undersøke om det rent faktisk finnes en lovregel som beskriver selve inngrepet. Lovhjemmelen må i tillegg tilfredsstille de kvalitetskrav Domstolen har satt opp i saker av liknende art. Disse kvalitetskravene innebærer først og fremst at individet skal ha adgang til regelen (kravet om tilgjengelighet) og at individet med rimelig sikkerhet skal kunne forutse konsekvensene av brudd på regelen (kravet om forutsigbarhet).

¹³⁷ Jf. eksempelvis *British Rail-avgjørelsen*, avsnitt 60.

Dette antar Domstolen i *British Rail*-avgjørelsen: “*It will assume that the interference ... had the aim, amongst other things, of protecting the “rights and freedoms of others...”*”.¹³⁸ I *Sigurdur A. Sigurdjónsson mot Island* var det ikke bestridt at formålskravet var oppfylt, og Domstolen så ingen grunn til å være uenig i dette.¹³⁹ Heller ikke i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* blir dette vilkår problematisert

Krav om proporsjonalitet (“nødvendig i et demokratisk samfunn”)

For det tredje må inngrepet, dvs. opprettholdelsen av organisasjonspliktklausuler, være “nødvendig i et demokratisk samfunn”. Vilkåret er omfattende og detaljert utformet i praksis fra EMD. Dette vilkåret er bl.a. et utslag av proporsjonalitetsprinsippet.

Domstolen har lagt til grunn at en med et krav om “nødvendighet” mener at formålet med inngrepet skal tilsvare et tvingende samfunnsmessig behov (“*a pressing social need*”).¹⁴⁰ For at kravet om et tvingende samfunnsmessig behov skal være oppfylt, må begrunnelsen bak inngrepet være relevant (“*relevant*”) og tilstrekkelig (“*sufficient*”). Det vil si at inngrepet må forankres i og i tilstrekkelig grad bidra til å fremme de legitime formålene. Det er ikke tilstrekkelig, for å være innenfor de grenser konvensjonen setter, at ordningen med organisasjonspliktklausuler er den beste, den ønskelige eller den rimeligste løsning for å nå bestemte mål. Det stilles strengere krav. I *British Rail* uttalte Domstolen:

“*Necessary in this context does not have the flexibility of such expressions as “useful” or “desirable”. The fact that British Rail’s closed shop agreement may in a general way have produced certain advantages is therefore not of itself conclusive as to the necessity of the interference complained of*”.¹⁴¹

Det kreves likevel ikke at inngrepet skal anses uunnværlig. Balansepunktet ligger altså et sted i mellom det som er ønskelig og det som er uunnværlig.¹⁴² Kjernen i vilkåret er at inngrep i

¹³⁸ Avsnitt 60.

¹³⁹ Avsnitt 39.

¹⁴⁰ Først formulert i *Handyside mot Storbritannia*, dom 7. desember 1976, Series A 24, avsnitt 48.

¹⁴¹ Avsnitt 63.

¹⁴² Jf. eksempelvis *Olsson mot Sverige*, dom 24. mars 1988, Series A 130, avsnitt 67.

enhvers rettmessige krav på vern om foreningsfriheten må stå i rimelig forhold til de formål en som offentlig myndighet ønsker å nå med inngrepet.

I den proporsjonalitets- og totalvurderingen som EMK artikkel 11 annet ledd legger opp til, forventes det at inngrepet må sies å være et relevant og tilstrekkelig egnet virkemiddel for å nå de samfunnsmessige mål myndighetene har satt seg fore ved inngrepet.¹⁴³ Domstolen uttalte følgende i *British Rail*-avgjørelsen: ”a fair balance must be struck between the general interests and the interests of the people concerned”.¹⁴⁴ EMD har også uttalt at det ikke er tilstrekkelig at grunnene for inngrepet generelt sett er relevante og tilstrekkelige, men at de også må kunne rettferdiggjøre inngrep i den konkrete saken myndighetene har foran seg.¹⁴⁵

Det kreves også at inngrepet etter en totalvurdering fremstår som rimelig, og at det ikke bærer preg eller har elementer av vilkårlighet. Det er også en formodning om at en skal velge det virkemiddel som er minst inngripende, dersom dette er like godt egnet til å nå de ønskede mål.¹⁴⁶ Hvis de ønskede mål kan nås med andre og mindre inngripende virkemidler enn organisasjonspliktlausuler vil disse ikke kunne aksepteres.

I det følgende vil jeg analysere og vurdere de hensyn som særlig kan tenkes å gjøre opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktlausuler proporsjonalt i forhold til det formål som søkes fremmet. Først må jeg foreta en avgrensning.

British Rail-avgjørelsen: En avgrensning

Et interessant poeng ved *British Rail*-avgjørelsen er at Domstolen av eget tiltak gikk inn og drøftet om inngrepet i foreningsfriheten kan aksepteres etter inngrepsvilkårene i art. 11 (2), til tross for at Storbritannia i den saken hadde akseptert krenkelse hvis Domstolen skulle finne at den negative foreningsfrihet var vernet av art. 11. Hvordan harmonerer dette med regelen om at ”argumentasjonsbyrden” for at inngrepsvilkårene er oppfylt påligger staten? Storbritannia hadde

¹⁴³ Jf. *Bowman mot Storbritannia*, dom 19. februar 1998, Reports 1998-I, avsnitt 44 og *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits*, dom 28. juni 2001, Reports 2001-VI, avsnitt 75.

¹⁴⁴ Avsnitt 65.

¹⁴⁵ *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits*, avsnitt 75.

¹⁴⁶ Se eksempelvis D. J. Harris, M. O’Boyle og C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*. London: 1995, s. 290-293, 300-301 og 344-353.

anført at den negative foreningsfrihet overhodet ikke var vernet etter konvensjonen, men hadde unnlatt å argumentere for at eventuelle inngrep i denne rettighet oppfylte kravene i art. 11 (2). Flertallet var av den oppfatning at Domstolen må vurdere om inngrepsvilkårene er oppfylt uavhengig av om dette er bestridt fra den innklagede stat.

I et særvotum ("*concurring opinion*") fra dommer Evrigenis (som var enig med flertallet i resultat) ble Domstolens behandling av dette spørsmålet kritisert. Dommer Evergenis mente det var uriktig av Domstolen å gå inn i en slik vurdering, når staten har avstått fra å gå inn på en slik argumentasjon. Hans oppfatning var at:

"The nature of the exception contemplated by paragraph 11 (2) presupposes that the State concerned has taken some action in order to bring the exception into operation both within the framework of the domestic legal system and in the context of the review machinery established by the Convention".

Han mente derfor at forutsetningene for at Domstolen skulle vurdere om inngrepet kunne godtas etter art. 11 (2) ikke var til stede.

Selv om flertallet i *British Rail*-avgjørelsen går inn på en vurdering av om inngrepsvilkårene i art. 11 (2) er oppfylt, bærer Domstolens drøftelse preg av forsiktighet fordi dette spørsmål ikke var grundig belyst i saken. Flertallet drøftet ikke om lovskravet og formålsskravet var oppfylt, men forutsatte at de var det. Imidlertid gikk flertallet inn i en drøftelse av om inngrepet er "nødvendig i et demokratisk samfunn". I denne vurderingen ville flertallet ikke vurdere holdbarheten av generelle argumenter for opprettholdelse av et system med organisasjonsplikt-klausuler. Som flertallet uttrykker det: "*Any comment on these arguments would be out of place in the present case since the closed shop system as such is not under review*".¹⁴⁷

I stedet gikk flertallet inn i en vurdering av om det var "*necessary in a democratic society to make lawful the dismissal of the applicants, who were engaged at a time when union membership*

¹⁴⁷ Avsnitt 61.

*was not a condition of employment?*¹⁴⁸ Flertallet begrenset seg altså til å vurdere nødvendigheten av at organisasjonspliktklausuler også skal kunne omfatte arbeidere som allerede er ansatt ved den aktuelle arbeidsplass når vilkåret om organisasjonsplikt ble introdusert. Flertallet konkluderer med at et system som tillater organisasjonspliktklausuler introdusert som et etterfølgende vilkår ikke kan anses som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”:

”recent surveys suggest that, even prior to the entry into force of the Employment Act 1980, many closed shop arrangements did not require existing non-union employees to join a specified union; the Court has not been informed of any special reasons justifying the imposition of such a requirement in the case of British Rail. Besides, according to statistics furnished by the applicants, which were not contested, a substantial majority even of union members themselves disagreed with the proposition that persons refusing to join a union for strong reasons should be dismissed from employment. Finally, in 1975 more than 95 per cent of British Rail employees were already members of NUR, TSSA or ASLEF.

*All these factors suggest that the railway unions would in no way have been prevented from striving for the protection of their members’ interests through the operation of the agreement with British Rail even if the legislation in force had not made it permissible to compel non-union employees having objections like the applicants to join a specified union.*¹⁴⁹

Resultatet ble derfor at konvensjonens art. 11 var krenket.

I nødvendighetsvurderingen ser vi altså at flertallet legger avgjørende vekt på det jeg har omtalt som det ”tidsmessige aspekt”.¹⁵⁰ Dette synes rimelig. Det er i det hele vanskelig å finne holdbare argumenter for opprettholdelsen av et system som tillater at arbeidstakere som allerede er ansatt, skal kunne miste sitt arbeid og levebrød hvis de ikke vil akseptere en organisasjonspliktklausul som blir innført, kanskje etter flere års ansettelse. På bakgrunn av *British Rail*-avgjørelsen kan vi

¹⁴⁸ Avsnitt 62.

¹⁴⁹ Avsnitt 64.

¹⁵⁰ Jf. kapittel 6.4.

konkludere med at organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet ikke anses som ”nødvendige i et demokratisk samfunn” når klausulen blir introdusert som et etterfølgende vilkår.

Den videre fremstilling

I det følgende vil jeg analysere og vurdere tre hensyn som særlig kan tenkes å gjøre opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktklausuler, introdusert i forkant av ansettelse, ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. I 7.2 behandler jeg hensynet til det nasjonale arbeidsmarked. I 7.3 behandler jeg hensynet myndighetenes kontroll og regulering av enkelte profesjoner. I 7.4 behandler jeg hensynet til den positive foreningsfrihet.

Relevant i nødvendighetsvurderingen er også organisasjonspliktklausulers faktiske utbredelse og rettslige regulering i ulike europeiske land. Dette behandles i kapittel 7.5. I kapittel 7.6 behandler jeg spørsmålet om den negative organisasjonsfrihet er vernet av andre internasjonale konvensjoner, og hvilken betydning dette kan få for nødvendighetsvurderingen etter EMK art. 11 (2). I kapittel 7.7 ser jeg på spørsmålet om hvilken betydning læren om den statlige skjønnsmargin har for nødvendighetsvurderingen.

7.2 Det nasjonale arbeidsmarked

Flere argumenter for opprettholdelsen av systemet med organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet kan rubriseres under hensynet til det nasjonale arbeidsmarkedet. En problemstilling er om dette hensyn kan rettferdiggjøre organisasjonspliktklausuler som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, slik at klausulen ikke krenker EMK art. 11. Dette avsnittet tar opp denne problemstillingen.

Problemet med ”gratispassasjerer”

Et hovedargument til støtte for organisasjonspliktklausuler er at det er illojalt av ansatte som ikke er medlemmer i en fagforening å ”snylte” på de organiserte som betaler sin kontingent og gjør foreningsarbeid. De fordeler som oppnås gjennom forhandlinger med arbeidsgiveren kommer normalt også de uorganiserte til gode.

I Norge vil en tariffbundet arbeidsgiver vanligvis være forpliktet til å praktisere tariffavtalens bestemmelser også overfor uorganiserte i egen bedrift.¹⁵¹ Alle uorganiserte arbeidstakere i staten får eksempelvis sin lønn regulert automatisk uten søknad når fagforeningene på arbeidsplassen har fremforhandlet lønnsøkninger. Tilsvarende praksis finnes i flere europeiske land, men ikke alltid og ikke nødvendigvis på samme rettslige grunnlag som i Norge.

For arbeidstakerne som kollektiv gruppe kan organisasjonspliktklausuler være gunstig, fordi arbeidstakere som er fagforeningsmedlemmer effektivt unngår problemet med ”gratispassasjerer”. Organisasjonspliktklausuler forhindrer at uorganiserte nyter godt av de fordeler fagforeningene har fremforhandlet uten selv å bidra. Det er vanlig å argumentere med at organisasjonspliktklausuler er med på å sikre solidaritet på den enkelte arbeidsplass, fordi klausulene sikrer at alle medarbeidere bidrar til den organisasjon som fremforhandler medarbeidernes arbeidsvilkår.

Det at organisasjonspliktklausuler effektivt motvirker problemet med gratispassasjerer er et argument for at opprettholdelse av en rettstilstand hvor klausulene er tillatt, er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Sterke fagforeninger

Den enkelte arbeidstaker står svakt alene vis-à-vis arbeidsgiver. Hvis han eller hun organiserer seg, står arbeidstakeren langt sterkere. Sterkest står vedkommende dersom alle arbeidstakere ved samme arbeidsplass er med i samme fagforening. Fellesskapets styrke i en fagforening brukes til å sikre arbeidstakere en rekke rettigheter og goder de selv vanskelig kan få gjennomført

Organisasjonspliktklausuler bidrar til sterke fagforeninger, som effektivt kan påvirke arbeidsgiver og være med å sikre og beskytte arbeidstakernes rettigheter. Organisasjonspliktbestemmelser kan på denne måten bidra til å sikre et rimelig lønnsnivå på arbeidsmarkedet.

¹⁵¹ Stokke, Torgeir Aarvaag, Stein Evju og Hans Otto Frøland (2003): *Det kollektive arbeidslivet*. Oslo, s 127.

Regulering av arbeidsmarkedet gjennom kollektive avtaler, slik systemet er eksempelvis i Skandinavia, forutsetter at organisasjonene på begge sider har styrke og legitimitet til å representere deres medlemmer. Tilhengere av organisasjonspliktklausuler kan argumentere med at organisasjonsgraden trolig vil falle hvis slike klausuler forbys.¹⁵²

Det ligger en betydelig samfunnsmessig interesse i at organisasjonene har tilstrekkelig oppslutning. Arbeidslivets organisasjoner spiller i de nordiske landene viktige roller i reguleringen av arbeidslivet. På nasjonalt nivå er organisasjonene sentrale aktører både i samfunnsøkonomien og politikken. På lokalt nivå spiller organisasjonene nøkkelroller i å skape oppslutning om tariffavtaler og fremme demokratisering av arbeidslivet. Dette synspunktet er eksempelvis formulert i den norske Sysselsettingskommisjonens innstilling fra 1992:

*”En inntektspolitikk basert på moderate lønnstillegg kan vanskelig gjennomføres uten at organisasjonene i arbeidslivet spiller en sterk rolle og at de har en generell tillit i samfunns- og arbeidsliv. Som ledd i opplegget for inntektspolitikken, bør det derfor også vurderes tiltak som bidrar til god oppslutning om organisasjonene”.*¹⁵³

Sett fra et samfunnsperspektiv har organisasjonene særlig vært viktige i samfunnsøkonomiske nedgangstider, ved at man gjennom samarbeid har sikret en rimelig lønnsvekst og stabile rammebetingelser for næringslivet samtidig som høy arbeidsledighet er forhindret. For å kunne utøve rollen som interesseformidler og regulator på legitimt vis, er organisasjonene avhengige av oppslutning.

Situasjonen i Danmark kan illustrere dette poenget. Den såkalte ”danske arbeidsmarkedsmodell” bygger på at arbeidsmarkedets parter selv forhandler om arbeidsvilkår, lønn og pensjon m.v. Lovgivning spiller en underordnet rolle.¹⁵⁴ Fordelene med et slikt system er blant annet

¹⁵² En organisasjonsgrad uttrykker forholdet mellom hvor mange potensielle medlemmer en organisasjon har, og hvor mange den har lyktes med å organisere. Organisasjonsgraden sier altså noe om oppslutningen om organisasjonen, hvor bredt den representerer.

¹⁵³ NOU 1992:26 *En nasjonal strategi for økt sysselsetting i 1990-årene* (Kleppe-utvalget), s. 27. Partiene på Stortinget samt LO og NHO var representert i utvalget.

¹⁵⁴ Jf. Jørgen Dalberg-Larsen: *International Labour Law and National Legal Cultures*, I: Rüdiger Voigt (red): *Globalisierung des Recht*. Baden-Baden 2000.

fleksibilitet, hurtig konfliktløsning og arbeidstakerrettigheter som nyter organisatorisk støtte og dermed effektiv implementering. Modellen forutsetter imidlertid en høy organisasjonsprosent, fordi det er en forutsetning at de organisasjoner som forhandler kan sies å representere lønnsinntakerne på arbeidsmarkedet.

En svekket oppslutning om organisasjonene vil svekke de funksjoner organisasjonene ivaretar. En slik svekkelse vil også kunne innebære at det samarbeidet og den arbeidsdelingen som er etablert mellom organisasjonene lokalt og sentralt på den ene siden, og lovregulering og det politiske liv på den andre, må endres. Dette kan igjen endre balansen på arbeidsmarkedet og undergrave systemet med kollektive avtaler.

Hensynet til å bevare sterke fagforeninger er et argument for å akseptere opprettholdelsen av et system som tillater organisasjonsplikt-klausuler på arbeidsmarkedet på menneskerettslig grunnlag.

Stabilitet

Organisasjonsplikt-klausuler kan videre bidra til å sikre stabilitet ved de enkelte arbeidsplasser, ved at de sikrer overenskomstenes stilling. Klausulene forhindrer at uorganiserte arbeidsgivere ansetter uorganisert arbeidskraft og på denne måten undergraver overenskomstene mellom arbeidsgiver og fagforening. Hvis overenskomstene undergraves, kan dette medføre økt strid og konflikter ved de enkelte arbeidsplasser.

Organisasjonsplikt-klausuler kan også bidra til et stabilt arbeidsmarked gjennom å redusere sannsynligheten for streik i tariffperioder. Overenskomstene fremforhandles typisk for flere år av gangen, og i tariffperioden hersker det fredsplikt mellom fagforeningen som har inngått overenskomsten og arbeidsgiver. Fredsplikt, dvs. plikt til ikke å benytte arbeidsrettslige kampmidler, hviler etter norsk rett på et dobbelt grunnlag, lov og tariffavtale. Etter arbeidstvistloven § 6 nr. 1 kan ikke arbeidskamp benyttes til løsning av rettstvister, og arbeidskamp i interestetvister kan etter arbeidstvistloven § 6 nr. 3 ikke iverksettes før gjeldende regler for fremgangsmåte og frister er overholdt.¹⁵⁵ Tjenestetvistloven inneholder tilsvarende

¹⁵⁵ Jf. Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1.

bestemmelser i § 20.¹⁵⁶ Fredsplikt følger også av tariffavtalen som sådan, som en grunnleggende kontraktsforutsetning, uavhengig av om tariffavtalen selv har uttrykkelige bestemmelser om dette. Arbeidsretten i Norge har lagt til grunn at de alminnelige normer om fredsplikt har den samme rekkevidde etter begge rettsgrunnlag. Det er grunn til å tro at fagforeningene virker disiplinerende på medlemmene. Hvis alle arbeidstakere er organisert, er det altså redusert risiko for streiker i tariffperioden. Det er vanlig med lignende regler om fredsplikt også i mange andre land.

Hensynet til stabilitet på arbeidsmarkedet generelt og stabilitet på den enkelte arbeidsplass kan derfor anføres til fordel for å akseptere et system som godtar organisasjonspliktklausuler som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Gunstig for arbeidsgiver

Organisasjonspliktklausuler kan også være gunstig for arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan nøye seg med å forhandle med én avtalepart., noe som også sikrer en effektiv administrasjon, idet alle ansatte er omfattet av samme ansettelsesvilkår. Også hensynet til arbeidsgiver kan være et argument for å akseptere opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktklausuler som nødvendig etter EMK art. 11 (2)

Er andre virkemidler bedre egnet?

Som denne gjennomgangen viser, kan organisasjonspliktklausuler være godt egnet til å ivareta en rekke viktige formål av betydning på det nasjonale arbeidsmarkedet. Imidlertid kan det være grunn til å spørre om de samme formål også kan oppnås gjennom andre, og mindre inngripende, virkemidler. Hvis så er tilfellet vil dette svekke begrunnelsen for organisasjonspliktklausulene. Dermed vil det være vanskeligere å bli hørt med at de er forholdsmessige inngrep slik art. 11 (2) krever for at de skal kunne godtas som ”nødvendige i et demokratisk samfunn”.

¹⁵⁶ Jf. Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr. 2.

Organisasjonspliktklausuler er utvilsomt effektive virkemidler for å sikre tilstrekkelig oppslutning om organisasjonene, og til å motvirke problemet med gratispassasjerer. Mot dette kan det innvendes at bruk av tvang er et sterkt virkemiddel, og at det kan være mulig å sikre en høy organisasjonsgrad og motvirke problemet med gratispassasjerer med andre og mindre inngripende virkemidler.

Det finnes en rekke andre virkemidler, av høyst varierende karakter, som kan være egnet for å sikre høy organisering i arbeidslivet. Noen er kulturelt og historisk betinget, andre har sammenheng med arbeidsgivernes eller andre aktørers handlinger. Ordningen med ulike former for tariffavgift ble nevnt i kapittel 2.1. Som ytterligere eksempler på slike virkemidler kan nevnes skattefradrag for fagforeningskontingent eller å innta bestemmelser i en tariffavtale om at goder som følge av tariffavtalen bare skal tilkomme de organiserte arbeidstakerne. Generelt vil slike virkemidler ofte dreie seg om å senke kostnadene ved å være organisert, eller øke gevinstene. På denne måten kan uorganiserte bli motivert til å organisere seg, eller organiserte kan bli motivert til å forbli i organisasjonene.

Det rettslige poenget i denne sammenheng er at når en skal vurdere organisasjonspliktklausulenes legitimitet, bør man også se hen til eventuelle andre virkemidler som kan være egnet til å tjene de samme formål som organisasjonspliktklausulene er ment å ivareta. Kun hvis organisasjonspliktklausulen kan sies å være mer effektivt eller mindre inngripende enn andre virkemidler, vil det være legitimt, og dermed anses som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Sørensen og Rasmussen mot Danmark

Slike betraktninger var sentrale i avgjørelsen *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.¹⁵⁷

Domstolen merket seg enkelte forhold på det danske arbeidsmarked som kunne begrunne opprettholdelsen av systemet med organisasjonspliktklausuler. Særlig fremtredende blant disse var det faktum at forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere i Danmark er regulert ved en kombinasjon av avtaler (kollektive overenskomster og individuelle avtaler), arbeidsrettslige prinsipper samt generelle lover og vedtekter. Dette systemet var avhengig av en høy organisasjonsgrad. Videre la Domstolen vekt på at det i Danmark er en lang tradisjon for bruk av

¹⁵⁷ Avsnitt 65-71.

organisasjonspliktklausuler, til tross for at slike avtaler er ulovlige i den offentlige sektor og ikke inngås på den del av det private arbeidsmarked som er dekket av hovedavtalen mellom DA og LO. Organisasjonspliktklausuler dekket i januar 2006 ca. 220.000 arbeidstakere, hvilket svarer til om lag ti prosent av alle arbeidstakere i Danmark.¹⁵⁸

Domstolen var ikke overbevist om at behovet for organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet var så presserende som danske myndigheter hevdet. Domstolen la vekt på at et offentlig utvalg, som var nedsatt for å vurdere bruken av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet, hadde vurdert at den generelle samfunnsutvikling og utviklingen på arbeidsmarkedet ikke i samme grad som tidligere begrunner behovet for organisasjonspliktklausuler. Videre ble det påpekt at det i dag allerede er etablert sterke og representative fagforeninger på det danske arbeidsmarked. Behovet for organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet var etter utvalgets oppfatning større når organisasjonen var i en sårbar etableringsfase. Domstolen sluttet seg til denne betraktning. Videre påpekte Domstolen at ettersom organisasjonspliktklausuler kun dekker en liten del av arbeidsmarkedet (om lag ti prosent), ville en lovendring ha minimal innvirkning på organisasjonsprosenten.¹⁵⁹

Domstolen var altså enig med den danske regjering i at organisasjonspliktklausuler var med på å ivareta en del viktige formål på det danske arbeidsmarked. Imidlertid mente Domstolen at disse formål kunne ivaretas på andre og mindre inngripende måter.

Prinsipielt kan avgjørelsen neppe forstås slik at Domstolen utelukker at hensynet til det nasjonale arbeidsmarked kan rettferdiggjøre organisasjonspliktklausuler som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Men Domstolen var ikke overbevist om at forholdene lå slik an på det danske arbeidsmarked i 2006.

Hvorvidt problemet med gratispassasjerer, ustabilitet på arbeidsmarkedet og press mot lønn og arbeidsvilkår vil bli vesentlig mer utbredt dersom organisasjonspliktklausuler forbyes er et vanskelig empirisk spørsmål, også for Domstolen. Det er ikke mulig å få full oversikt over

¹⁵⁸ Avsnitt 66.

¹⁵⁹ Avsnitt 67.

virkningene i ulike bransjer i alle Europarådets medlemsstater. Ut fra denne synsvinkel var det kanskje overraskende at Domstolen overprøvde de danske myndigheters vurderinger.

7.3 Kontroll- og reguleringsbehov

Lovbestemte krav om organisasjonsmedlemskap er som jeg har vært inne på i inneledningen ofte begrunnet ut fra myndighetenes behov for kvalitetskontroll og regulering av bestemte profesjonsgrupper. Samtidig er det en oppfatning om at denne kontroll og regulering av ulike grunner best kan foretas av de ulike bransjer selv.

Et lovbestemt krav om medlemskap i profesjonsforeninger kan være et viktig verktøy for å sikre at selvstendig næringsdrivende som bruker en bestemt tittel eller utøver en bestemt profesjon, holder den nødvendige standard og kvalitet. Dette forutsetter at foreningen har de nødvendige kontrollmuligheter og vilje til å utøve kontrollen. En slik ordning kan være i både myndighetenes og profesjonens interesse. Situasjonen kan eksempelvis være at fagforeningen utøver denne kontrollfunksjonen mer effektivt og mindre kostnadskreven sammenlignet med et statlig kontrollorgan. Det kan også være historiske og kulturelle årsaker til at kvalitetskontroll av profesjonsutøvere innen enkelte bransjer foretas av fagforeninger.

Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island

Myndighetenes kontroll- og reguleringsbehov stod sentralt som et formål bak den organisasjonspliktklausul som forelå i *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*. Islandske myndigheter anførte at den aktuelle klausul utgjorde et forholdsmessig inngrep i klagerens foreningsfrihet, og viste til myndighetenes kontroll- og reguleringsbehov.¹⁶⁰ Myndighetene påpekte at siden drosjesjåførene på Island arbeidet som selvstendig næringsdrivende sjåførere, var kravet om obligatorisk medlemskap i Frami den nødvendige forbindelse mellom sjåførene og myndighetene. Frami hadde en viktig rolle med å overvåke drosjenæringen og foreta kvalitetskontroll. Denne funksjonen ble etter islandske myndigheters oppfatning styrket ved opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktklausuler. Uten organisasjonstvang ville denne kontroll- og reguleringsfunksjon ikke kunne ivaretas på en like effektiv måte. Å overføre

¹⁶⁰ Avsnitt 40.

funksjonen til et statlig tilsyn, ville etter islandske myndigheters oppfatning bli mindre effektivt og mer kostbart. enn om funksjonen ble utført av Frami.

Domstolen var enig med den islandske regjering i at Frami utøvet en viktig kontroll- og reguleringsfunksjon og at denne funksjonen mest effektivt ble ivaretatt gjennom et system med organisasjonsplikt-klausuler. Imidlertid var ikke Domstolen overbevist om at tvunget organisasjonsmedlemskap var nødvendig for at Frami skulle kunne utøve funksjonene.¹⁶¹

Domstolen konkluderte derfor:

*“Having regard to the foregoing, the reasons adduced by the Government, although they can be considered relevant, are not sufficient to show that it was "necessary" to compel the applicant to be a member of Frami, on pain of losing his licence and contrary to his own opinions”.*¹⁶²

Myndighetenes henvisning til effektiv kontroll- og reguleringsbehov var relevant, men ikke tilstrekkelig til å overbevise EMD om at inngrepet i klagerens negative foreningsfrihet oppfylte konvensjonens krav til forholdsmessighet.

Uavhengige profesjoner

Et annet argument er at lovbestemt krav om organisasjonsplikt sikrer ulike profesjoners behov for uavhengighet i forhold til myndighetene. Hvis kontrollfunksjonen foretas av den enkelte bransje og ikke av myndighetene, kan dette være med på å sikre uavhengige profesjoner som utøver selvjustis.

Advokatrollen er eksempelvis et yrke hvor det er av betydning at profesjonsutøveren kan utøve sin rolle uavhengig av statsmakten. Uavhengige advokater er bl.a. viktig for at uavhengige domstoler skal kunne oppfylle sin sentrale rolle i en rettstat. En kan stille spørsmål ved om advokater som kontrolleres av et statlig tilsyns- og disiplinærorgan vil føle seg like frie til å kritisere myndighetene som advokater som bare kontrolleres av egen fagforening.

¹⁶¹ Avsnitt 41.

¹⁶² Ibid.

I en rekke europeiske land er det fortsatt slik at utøvelse av advokatyrket forutsetter medlemskap i en bestemt profesjonsforening.¹⁶³ Situasjonen er tilsvarende for blant annet leger og tannleger i flere europeiske stater. Domstolen har ennå ikke tatt stilling til om hensynet til disse profesjonenes uavhengighet og selvkontroll er tilstrekkelig begrunnelse til å opprettholde organisasjonsplikt som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.¹⁶⁴

7.4 Hensynet til den positive foreningsfrihet

En annen problemstilling er om hensynet til den positive foreningsfriheten kan rettferdiggjøre inngrep i den negative foreningsfrihet på området for å tillate organisasjonspliktklausuler som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Denne problemstilling analyseres i dette kapittelet.

Foreningsfriheten er først og fremst en positiv rett, og gir individene rett til å forene seg uten inngrep fra staten. Men som jeg allerede har vært inne på, har organisasjonsretten også en negativ side, nemlig arbeidstakerens rett til å forbli uorganisert eller til å vrake en organisasjon til fordel for en annen.

Hvis den negative foreningsfrihet gjennomføres fullt ut, kan ikke lenger organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet opprettholdes. Får dette konsekvenser for den positive foreningsfriheten? I hvilken grad står foreningsfrihetens to sider i motsetningsforhold til hverandre? Er det slik at en sterk beskyttelse av den negative organisasjonsrett vil gå på bekostning av den positive foreningsfrihet, eller er det tale om to sider av samme sak?

To sider av samme sak

Svaret på spørsmålet avhenger av øynene som ser. Et argument for at den positive og den negative foreningsfrihet er to sider av samme sak er at de begge i en viss utstrekning er nødvendig for å begrense statens makt, og forutsetninger for et levedyktig demokrati. Denne påstanden kan illustreres med følgende eksempel: Det ville utvilsomt krenke foreningsfriheten,

¹⁶³ Jf, uttalelse fra Advokatforeningens leder Anders Ryssdal i en kommentar til Advokatbladet. Nr 2 2006 s 14.

¹⁶⁴ En annen ting er at ikke enhver fagorganisasjon nødvendigvis utgjør en ”forening” i relasjon til EMK art. 11. Denne problemstillingen er behandlet i kapittel 4 over.

og undergrave demokratiet, hvis en stat skulle forby alle fagforeninger på sitt territorium. Imidlertid ville det være minst like problematisk i forhold til å sikre demokratiet hvis en stat skulle tvinge alle innbyggere til å melde seg inn i en eller flere utvalgte organisasjoner, slik situasjonen har vært i enkelte totalitære regimer. Både den positive og den negative foreningsfrihet er derfor i noen grad nødvendig for å sikre demokratiet og begrense statens mulighet til maktmisbruk.¹⁶⁵ Vern om foreningsfrihetens to sider beskytter individene mot maktmisbruk fra myndighetene.

Et annet poeng i denne sammenheng er følgende: For at fagforeningene skal kunne fylle sin funksjon, er en viss beskyttelse av den negative foreningsfrihet nødvendig. Fagforeningene er avhengige av å til en viss grad selv kunne avgjøre hvem de ønsker som medlemmer i sin forening for at de skal kunne være effektive i forhold til å realisere sine formål. Foreningene må selv kunne fastsette regler for medlemskap og eksklusjon. Hvis ikke foreningene selv kan bestemme hvem som kan være med, kan de uønskede medlemmer lett ”ødelegge” for foreningen slik at den ikke lenger er egnet til å oppfylle sine formål.

Foreningsfriheten innebærer derfor ikke bare retten til å danne en organisasjon, men også retten til å opprette egne styringsregler og administrere egne anliggender.¹⁶⁶ Den europeiske menneskerettighetskommisjonen har da også, i sin tolkning av EMK art. 11, uttalt: *”unions must be free to decide, in accordance with union rules, questions concerning admission to and expulsion from the union”*.¹⁶⁷ Det er vanskelig å kombinere en rett for fagforeningene til selv å bestemme hvem som kan være medlem, med en plikt for alle arbeidstakere til å være med i foreningen. Dette argumentet taler for at en viss beskyttelse av den negative foreningsfrihet er nødvendig for å ivareta den positive foreningsfrihet, og at foreningsfrihetens to sider derfor henger nøye sammen.

Den britiske filosofen John Stuart. Mill tok utgangspunkt i den individuelle handlefrihet når han analyserte dette problemet. Han hevdet at samfunnet skal respektere individenes frihet *”of doing*

¹⁶⁵ Demokratihensynet er nærmere behandlet i kapittel 8.3.2.

¹⁶⁶ Clayton, R. og Tomlinson, H. *The Law of Human Rights*. s. 73.

¹⁶⁷ *Cheall mot Storbritannia*. 8 European Human Rights Reports 45, 1980.

*as we like ... Without impediment from our fellow creatures, so long as we do not harm them”.*¹⁶⁸

Foreningsfriheten, hevder han, er et direkte utslag av den individuelle handlefrihet:

*“from the liberty of each individual follows the liberty, within the same limits, of combination among individuals; freedom to unite for any purpose not involving harm to others: the persons combining being of full age, and not forced or deceived”.*¹⁶⁹

Mill insisterer altså på at individer som forener seg må gjøre dette frivillig.

Det er lett å følge dette resonnementet. Hvis A har frihet til å forene seg, og B har den samme frihet, når vi en naturlig grense for foreningsfriheten når A vil forene seg med B mens B ikke vil forene seg med A. For at både A og B sine rettigheter skal ivaretas, må A respektere skuffelsen over at B ikke vil være med i foreningen. A kan ikke utøve sin rettighet på en måte som tvinger B inn i en forening uten å krenke Bs frihet. Sett fra en slik synsvinkel er den positive og den negative foreningsfrihet to sider av samme sak. Individer som ikke ønsker å være med i en fagforening kan argumentere med at deres positive foreningsfrihet er helt illusorisk hvis de har en plikt til å være med i en bestemt forening. Frihet er det motsatte av tvang, og må også omfatte retten til ikke å bli med i foreningen hvis den skal være en reell frihet.

Motsetningsforhold

Umiddelbart, vil nok mange akseptere en slik logikk, på samme måte som de fleste vil akseptere at begge parter i et vennskap står fritt til å oppløse vennskapet uavhengig av hvilken grunn de måtte ha for å gjøre det. Imidlertid kan resonnementet problematiseres. Hva hvis konsekvensene ved at B står utenfor foreningen først og fremst går utover A? Det kan tenkes at A ikke bare må tåle skuffelsen over at B ikke vil være med, men at Bs manglende vilje til medlemskap kan få vidtrekkende velferdsmessige konsekvenser for A. Eksempelvis kan Bs manglende medlemskap tenkes å stille As arbeidsvilkår, og kanskje arbeidsplass, i fare. Fagforeningsmedlemmer kan argumentere med at deres foreningsfrihet nyter et illusorisk vern hvis den ikke omfatter midler som kan gjøre foreningen effektiv. Organisasjonspliktklausuler kan nettopp være et slikt

¹⁶⁸ Mill, John Stuart. *On liberty*. I: Hugh S. R. Elliot. The Letters of John Stuart Mill – Vol. 1. London 1910. s. 75.

¹⁶⁹ Ibid.

virkemiddel som gjør foreningene effektive. Poenget med foreningsfriheten må jo være at foreningene skal være i stand til å oppnå noe. Sett fra en slik synsvinkel er den positive og den negative foreningsfrihet to motstridende rettigheter.

Fra en filosofisk synsvinkel kan man spørre om en arbeidstaker kan ha frihet til å organisere seg samtidig som han har en plikt til å organisere seg? Innebærer ikke en frihet til å gjøre noe, også en frihet til å la være? Umiddelbart, vil nok de fleste mene at hvis noe skal kunne karakteriseres som en frihet til å foreta seg noe, må dette også innebære en frihet til ikke å foreta seg det samme.

Det går imidlertid an å kritisere logikken i dette resonnementet. Otto Kahn-Freund har i en litt annen sammenheng påpekt:

*“It is bad logic to conclude from the positive to the negative freedom. The fact that a given Constitution guarantees the positive freedom of organization does not mean that it guarantees the negative freedom of association. I wonder whether a constitutional provision ...which guarantees the right to life, means that a law which forbids attempted suicide is therefore unconstitutional”.*¹⁷⁰

Kahn-Freund hevder at den negative og den positive foreningsfrihet slett ikke er to sider av samme sak, snarere kan foreningsfrihetens to sider lett komme i et motsetningsforhold.

Frihet og plikt i ulike retninger

Man kan hevde at friheten til å være med i en forening, og plikten til det samme, peker i ulike retninger. På den ene side retter friheten til å organisere seg mot de som kunne tenke seg å begrense denne rettighet, eksempelvis arbeidsgivere som ikke ønsker at arbeidstakerne skal være fagorganisert. På den annen side retter plikten til å organisere seg mot arbeidskollegaer som kan ha en berettiget forventning om at individet vil være med å bidra for arbeidstakernes felles beste. Den positive og den negative foreningsfriheten kan oppfattes som motstridende fordi de retter seg

¹⁷⁰ Sitert fra Sheldon Leader. *Freedom of Association*. London 1992. s. 17.

i ulike retninger og de kan derfor komme i konflikt med hverandre. Utøvelsen av den negative organisasjonsfrihet kan etter omstendighetene innebære et inngrep i den positive organisasjonsfrihet, og motsatt. Eksempelvis vil nok mange mene at et sterkt vern av den negative organisasjonsfrihet i praksis kan være med på å undergrave oppslutningen om fagforeningene, og på den måten undergrave et viktig formål med den positive foreningsfrihet.

Konflikt

Når den positive og den negative foreningsfrihet kommer i konflikt med hverandre oppstår problemstillingen om hvilken rettighet som bør gis forrang. Forutsetningen for problemstillingen er at organisasjonspliktklausuler fremmer noen individers positive foreningsfrihet ved at de gjør foreningene effektive, samtidig som klausulene griper inn i andre individers negative foreningsfrihet. Bør en side av foreningsfriheten alltid gå foran den andre eller bør konflikten løses etter en konkret avveining? Hvilke kriterier skal i så fall være relevante for vurderingen?

En mulighet er å skille mellom ulike begrunnelser for henholdsvis ønsket om å stå utenfor en fagforening og ønsket om å tvinge kollegaer inn i samme forening som en selv. De fleste vil nok ha større sympati med en som har en særlig grunn til å stå utenfor en fagforening, sammenlignet med en som bare finner det for godt uten å kunne anføre noen overbevisende begrunnelse for dette ønsket. Det er eksempelvis enklere å sympatisere med individet som ønsker å stå utenfor fagforeningen fordi han har sterke motforestillinger mot dens støtte til et politisk parti han eller hun ikke støtter, sammenlignet med individet som ønsker å stå utenfor fagforeningen utelukkende av økonomiske motiver, han eller hun vil f. eks. slippe å betale fagforeningskontingent.

Som et utgangspunkt vil jeg hevde det er større grunn til å respektere en persons frihet til å stå utenfor en forening jo sterkere begrunnelse individet kan anføre for hvorfor han eller hun ønsker å stå utenfor den aktuelle fagforening. Tilsvarende er det enklere å sympatisere med fagorganiserte som ønsker sine kolleger i samme organisasjon fordi manglende organisasjonsmedlemskap kan få vidtrekkende konsekvenser for arbeidsvilkårene, sammenlignet med de som ønsker kollegaene inn i foreningen fordi medlemskap innebærer økt støtte til et bestemt politisk parti.

En kan spørre seg om en sonndring etter begrunnelse for henholdsvis ønsket om å stå utenfor en fagforening, eller begrunnelsen for ønsket om å tvinge kollegaer inn i foreningen er egnet som et rettslig relevant kriterium? Hva som er den reelle begrunnelse for slike ønsker, kan for det første være et svært vanskelig bevisstema. For det andre kan selve spørsmålet om hvilken begrunnelse en arbeidstaker har for å stå utenfor en fagforening, i seg selv aktualisere forholdet til ytringsfriheten i EMK art. 10. Det er derfor ikke opplagt at en sonndring mellom ulike begrunnelser er egnet som rettslig kriterium.

Domstolens holdning

Hvordan har Domstolen stilt seg til problemstillingen om hensynet til den positive foreningsfrihet kan rettferdiggjøre inngrep i den negative foreningsfrihet, ved å tillate opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktlausuler, som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”?

I *British Rail*-avgjørelsen uttalte Domstolen følgende om dette problemet: “*the notion of a freedom implies some measures of choice as to its exercise*”.¹⁷¹ EMD ser ut til å bygge på at den negative og den positive foreningsfrihet er to sider av same rettighet, men uten å problematisere om det er et spenningsforhold mellom rettighetene.

Domstolen har likevel lagt betydelig vekt på hvilken begrunnelse arbeidstakeren har kunnet anføre for ønsket om å stå utenfor den aktuelle fagforening, jf, kapittel 6.5 over om det holdningsmessige aspekt. Til tross for at Domstolen ikke åpent erkjenner noe motsetningsforhold mellom den positive og den negative foreningsfrihet, kan en hevde at Domstolen indirekte anerkjenner et motsetningsforhold ved å legge vekt på det holdningsmessige aspekt. Som nevnt overfor kan arbeidstakerens begrunnelse for ønsket om å stå utenfor den aktuelle fagforening være et relevant kriterium når det oppstår konflikt mellom den positive og den negative foreningsfrihet. Hvis det overhodet ikke eksisterte noe motsetningsforhold mellom foreningsfrihetens to sider, ville slike betraktninger ha liten betydning.

¹⁷¹ Avsnitt 52.

Et forslag

For å unngå de problematiske sider knyttet til det jeg har omtalt som det holdningsmessige aspekt kunne en tenke seg å introdusere en (eventuelt lovfestet) adgang til å nekte organisasjonsmedlemskap av samvittighetsgrunner.¹⁷² En slik løsning vil kunne sikre den enkeltes negative foreningsfrihet bedre, samtidig som organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet kan opprettholdes. En slik unntaksrett kan imidlertid være vanskelig å avgrense materielt på en hensiktsmessig måte. Dessuten kan en slik regel by på bevismessige utfordringer. Det er ikke alltid mulig å kontrollere den enkeltes motiv for ønsket om å stå utenfor en bestemt forening.

7.5 Europeisk utvikling (rettsenhet)

Er det mange stater i Europa som opprettholder et system som tillater organisasjonspliktklausuler? I hvilken utstrekning er den negative organisasjonsfrihet vernet i ulike europeiske lands lovgivning, og i hvilken retning går utviklingen? Dette er tema for inneværende avsnitt. Problemstillingen illustrerer spesialavhandlingens aktualitet, men europeiske rettsoppfatninger på området er også et hensyn EMD legger vekt på når Domstolen i konkrete tvister skal ta stilling til om organisasjonspliktklausuler er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.¹⁷³

Domstolen viser ofte til og hensyntar den europeiske utvikling eller europeisk rettsenhet når den skal vurdere om et inngrep i en konvensjonsrettighet er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.¹⁷⁴ Det tales gjerne om en ”felles europeisk standard”. Imidlertid vil det sjelden eller aldri foreligge fullstendig rettsenhet blant Europarådets medlemsland. Det er mer et spørsmål om i hvilken grad det kan sies å foreligge rettslikhet. På denne bakgrunn er det kanskje en mer dekkende beskrivelse å tale om vektleggingen av en internasjonal trend.

¹⁷² Som foreslått i Stuart. White: *Trade Unionism in a Liberal State*, i Amy Gutman (red): *Freedom of Association*. Princeton. 1998. s 344-347.

¹⁷³ Jf. eksempelvis Sigurdur A. Sigurjónsson *mot Island*, avsnitt 35.

¹⁷⁴ Dette kan også ses som uttrykk for formålstolkning, jf. avhandlingens kapittel 8.2.1. Større enhet mellom medlemmene i Europarådet er uttrykkelig nevnt som et formål bak konvensjonens, jf EMKs fortales tredje preambulære setning.

Hensynet til europeisk rettsenhet er sentralt i EMK. Dette hensyn kan deles opp i flere elementer. For det første er det et selvstendig formål med EMK å skape større rettsenhet mellom Europarådets medlemsland på menneskerettighetenes område. Dette formålet er en vesentlig begrunnelse det dynamiske tolkningsprinsipp.¹⁷⁵ Som jeg kommer tilbake til i kapittel 8.2 kan rettsenhet eller rettutvikling være et argument for å tolke konvensjonen dynamisk. For det annet bygger EMK på en oppfatning om en felles europeisk forståelse og etterlevelse av menneskerettighetene. Endelig ligger felles arv av politiske tradisjoner, idealer, friheter og rettigheter samt rettsstatsprinsipper til grunn for EMK.¹⁷⁶ Samtidig utgjør nasjonale rettskulturer et sentralt politisk og rettslig fundament for EMK og dermed også for EMDs virksomhet. På denne bakgrunn er det naturlig at EMD i stor utstrekning har trukket inn rettsoppfatningen i konvensjonsstatene både ved tolkningen av rettighetenes meningsinnhold, og i forhold til spørsmålet om hvor rettslig og politisk legitimt det er å prøve nasjonale skjønsmessige vurderinger.

Spørsmålet om rettsenhet har altså betydning også for prinsippet om den nasjonale skjønnsmargin.¹⁷⁷ Hvis nasjonale myndigheter i en rekke stater vurderer at opprettholdelsen av et system som tillater organisasjonspliktklausuler er nødvendig av hensyn til det nasjonale arbeidsmarked, taler dette for at proporsjonalitetskravet, også i konkrete saker, er oppfylt. På den annen side. Dersom EMD finner en markert endring i oppfatningen blant en stor majoritet av medlemslandene, vil skjønnsmarginen bli liten og det må kreves tungtveiende grunner for å opprettholde en avvikende ordning.

Utbredelsen av organisasjonspliktklausuler er fremdeles varierende i europeiske land. Det er likevel nokså sikkert at slike klausuler ikke er like vanlig som da art. 11 ble formulert i 1950. Hovedinntrykket fra den dokumentasjon jeg har klart. å fremskaffe er at slike ordninger blir stadig sjeldnere, men inntrykket er beheftet med en viss usikkerhet. En fullstendig oversikt over utbredelse og rettsstilling i alle Europarådets medlemsstater har vist seg meget vanskelig å

¹⁷⁵ Se kapittel 8.2.2. nedenfor.

¹⁷⁶ Jf. bl.a. Emberland, Marius. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection* s. 25-63.

¹⁷⁷ Jf. kapittel 7.7. nedenfor.

fremskaffe. I det følgende presenteres en kort oversikt over rettsstilling og utbredelse i de stater hvor jeg har lyktes i å fremskaffe dokumentasjon.

Organisasjonspliktklausulers utbredelse og rettsstilling i Norge er behandlet i kapittel 3.2 og 3.3. Her vil jeg kort presentere utbredelse og rettsstilling i enkelte andre europeiske land.

I enkelte stater som Tyskland, Ukraina og Finland, er ordningen å anse som ulovlig.¹⁷⁸ Den finske grunnloven beskytter eksempelvis uttrykkelig både den positive og den negative organisasjonsfrihet.¹⁷⁹

I noen europeiske land er ordningen likevel fortsatt relativt utbredt. Danmark er trolig det europeiske landet hvor slike klausuler har hatt størst betydning.¹⁸⁰ Utbredelsen av slike klausuler på det danske arbeidsmarked var tema i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Imidlertid finnes ordningen også i enkelte andre land, eksempelvis Island.¹⁸¹

Det er heller ikke i svensk rett noe generelt forbud mot organisasjonspliktklausuler. Spørsmålet om beskyttelsen av den negative foreningsfrihet har likevel vært aktuelt ved flere anledninger, også i forbindelse med forskjellige offentlige utredninger.¹⁸² Dette har hittil ikke ført til et forbud mot organisasjonspliktklausuler. I Sverige er imidlertid slike klausuler langt mindre utbredt enn i Danmark.¹⁸³

Heller ikke i Storbritannia har et generelt forbud mot organisasjonspliktklausuler. Hovedregelen er her at de enkelte bransjer overlates til å regulere seg selv, og i flere bransjer anses slike klausuler urettmessig.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Europarådets rapport, Freedom of association. Bl.a. tilgjengelig på: <http://www.coe.int/>.

¹⁷⁹ Den finske Grunnlov art. 10 a, 2. ledd, Jf. også FNs menneskerettighetskomité's femte periodiske rapport om Finland av 17.6.2003, s. 64. Bl.a tilgjengelig på <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/hrc.htm> under sessions.

¹⁸⁰ Før Domstolens avgjørelse i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* var om lag ti prosent av danske arbeidstakere underlagt ulike former for organisasjonspliktklausuler, jf. kapittel 7.3. Det er all grunn til å tro at Domstolens siste avgjørelse vil ha betydning for antallet organisasjonspliktklausuler i dansk rett.

¹⁸¹ Se *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* avsnitt 70.

¹⁸² Betænkning nr. 1419 Udvalget om Eksklusivbestemmelser. Beskæftigelses-ministeriet. København 2002.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ European Committee of Social Rights: Conclusions X-1, United Kingdom, s. 79. Bl.a. tilgjengelig på <http://www.coe.int/> under Human Rights.

Av øvrige europeiske stater hvor organisasjonspliktklausuler fremdeles er tillatt men likevel lite utbredt, kan nevnes Irland, Belgia og Frankrike.¹⁸⁵

Oppsummeringsvis synes utviklingen å gå i retning av at organisasjonspliktklausuler blir stadig sjeldnere på det europeiske arbeidsmarked. Allerede i *Sigurdur A. Sigurjónson mot Island* (1993) viste Domstolen til at mange europeiske lands nasjonale lovgivning ikke åpner for tvunget organisasjonsmedlemskap i arbeidsforhold, og uttalte:

*”On the contrary, a large number of domestic systems contain safeguards which in one way or another, guarantee the negative aspect of the freedom of association, that is the freedom not to join or to withdraw from an association”.*¹⁸⁶

Denne utvikling var generelt et argument for ikke lenger å anse opprettholdelsen av et system som tillater organisasjonspliktklausuler ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Utviklingen i Europarådets medlemsstater var derfor et argument for dynamisk tolkning av art. 11.¹⁸⁷

Til tross for at utviklingen går i retning av at organisasjonsplikt blir sjeldnere er ordningen likevel relativt utbredt innenfor enkelte liberale yrker. Eksempelvis er det fortsatt slik at utøvelse av advokatyrket forutsetter medlemskap i en bestemt profesjonsforening i langt de fleste europeiske land.¹⁸⁸ Andre eksempler på profesjoner hvor slike klausuler fortsatt er utbredt, er leger og tannleger. Innenfor disse liberale yrker hvor vil neppe den generelle trend om at klausulene er på vei ut, tillegges samme vekt ved den rettslige vurderingen.

Det kan rettes innholdsmessige innvendinger mot rettsoppfatningsmomentet i ulike retninger. Individet kan ha et beskyttelsesverdig behov selv om det er høy grad av konsensus om noe annet i

¹⁸⁵ European Committee of Social Rights: Conclusions 2004. Bl.a tilgjengelig på <http://www.coe.int/> under Human Rights.

¹⁸⁶ Avsnitt 35.

¹⁸⁷ Dynamisk tolkning behandles nærmere i avhandlingens kapittel 8.2.2.

¹⁸⁸ Jf. uttalelse fra Advokatforeningens leder Anders Ryssdal i en kommentar til Advokatbladet. Nr 2 2006.

Europa. Individets behov for vern av den negative foreningsfrihet var neppe mindre i tiden like etter 1950, da organisasjonspliktklausuler var meget utbredt, sammenlignet med i dag (2006).

En stat kan også ha gode grunner for å ha et avvikende standpunkt sammenlignet med flertallet av stater i forhold til spørsmålet om organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet. Forhold på arbeidsmarkedet er varierende i ulike europeiske land. Det nasjonale behov for slike klausuler kan derfor variere.

7.6 Andre internasjonale konvensjoner

Selv om avhandlingen handler om vernet av den negative foreningsfrihet etter EMK, er ikke andre folkerettslige konvensjoner helt uten betydning i denne sammenheng. EMK kan ikke tolkes i et vakuum.¹⁸⁹ Andre konvensjoner kan ha betydning for tolkningen av art.11, herunder for spørsmålet om inngrep i den negative foreningsfriheten anses proporsjonalt i forhold til de formål som søkes fremmet. Eksempelvis anvender EMD både Den europeiske sosialpakt og ILO-konvensjoner, så vel som praksis etter disse konvensjonene, som momenter ved tolkning av EMK art. 11.¹⁹⁰ I det følgende vil jeg kort redegjøre for Den europeiske sosialpakt (ESP eller pakten), og dens betydning i forhold til avhandlingens problemstilling.¹⁹¹

Den europeiske sosialpakt

ESP av 18. oktober 1961 er i likhet med EMK en av Europarådets konvensjoner. Pakten ble ratifisert av Norge i 1962. Den reviderte europeiske sosialpakt ble vedtatt i 1996 og ratifisert av Norge i 2001. Sosialpakten er en hovedkonvensjon om økonomiske og sosiale rettigheter på europeisk plan. ESP inneholder regler og rettslige standarder blant annet på områdene arbeidsmarked, arbeidsmiljø, helse, sosiale spørsmål og trygd.

¹⁸⁹ Jf. eksempelvis *Al-Adsani mot Storbritannia* avsnitt 55.

¹⁹⁰ Norge har ratifisert både den europeiske sosialpakt, og ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 som alle regulerer organisasjonsfriheten. I motsetning til EMK er imidlertid verken sosialpakten eller ILO-konvensjonene inkorporert i norsk lovgivning. I avgjørelsen *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* avsnitt 35 og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* avsnitt 72-74 viser Domstolen til flere konvensjoner som verner organisasjonsfriheten og praksis etter disse som kilder ved tolkningen av EMK art. 11.

¹⁹¹ Art. 20 (2) i Verdenserklæringen er nevnt i kapittel 1 over. EUs fellestakspakt om arbeidstakernes grunnleggende sosiale og arbeidsmessige rettigheter fra 1989, EUs grunnrettighetscharter fra 2000 og ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 behandles ikke nærmere i denne avhandlingen. Disse konvensjonene er av underordnet betydning i denne sammenheng.

Sosialpaktens art. 5 er den bestemmelse som omhandler organisasjonsfrihet. Bestemmelsen har klare paralleller til EMK art. 11. I *Evaldsson m.fl mot Sverige* uttalte Domstolen *The Court notes that the freedom enshrined in Article 5 of the European Social Charter resembles the rights guaranteed by Article 11 of the Convention*.¹⁹² Bestemmelsen gjelder imidlertid for arbeidstakere og arbeidsgivere ("workers and employers"), og får således neppe anvendelse overfor selvstendig næringsdrivende eller utøvere av liberale yrker.

Sosialpakten håndheves ved statsrapportering og kollektive klager til en egen komité (Ekspertkomiteen). Komiteen tar stilling til om konvensjonen er overholdt, og utarbeider "conclusions" for den enkelte stat ved statsrapportering og "decisions" i klagesaker. Komiteen behandler saken og oversender den til Ministerkomiteen, som må fatte en endelig resolusjon innen fire måneder for at ekspertkomiteens uttalelser skal bli bindende.

Den negative foreningsfrihet anses i for omfattet av bestemmelsen, selv om ordlyden kun verner den positive foreningsfrihet.¹⁹³ Ekspertkomiteen har i sin håndhevelse av ESP gjentatte ganger slått fast at organisasjonsplikt-klausuler er uforenlig med organisasjonsfriheten etter artikkel 5. Komiteen har bl.a uttalt at "*according to article 5 of the Charter there can be no sort of obligation to become or remain a member of a trade union*".¹⁹⁴ Ekspertkomiteen har i 2003 kritisert Sverige for ikke å overholde sine folkerettslige forpliktelser, da organisasjonsplikt-klausuler etter komiteens oppfatning ikke er forenlig med Sosialpaktens art. 5.¹⁹⁵ Også dansk og islandsk praksis på dette området har vært gjenstand for gjentatt internasjonal kritikk fra Ekspertkomiteen knyttet til Den europeiske sosialpakt.¹⁹⁶

¹⁹² *Evaldsson m.fl mot Sverige*, avvisningskjennelse 28. mars 2006, upublisert

¹⁹³ Tidligere inntok ekspertkomiteen det synspunkt at art. 5 var "nøytral" i forhold til organisasjonsplikt-klausuler på arbeidsmarkedet. I etterkant av EMDs avgjørelse i *British Rail*-saken inntok imidlertid ekspertkomiteen gradvis det synspunkt at slike klausuler pr definisjon er uforenlig med ESP art. 5.

¹⁹⁴ Governmental Committee of the Social Charter, 19th report 2000:525. Bl.a tilgjengelig på <http://www.coe.int/> under Human Rights.

¹⁹⁵ Jf. Council of Europe, Appendix to Resolution ResChS(2003)1. Se også kollektiv klagesak nr. 12/2002 *The Confederation of Swedish Enterprise mot Sverige*. 15.05. 2003. Avsnitt 29-31.

¹⁹⁶ Jf. bl.a. Ekspertkomiteens Conclusions XVI-1 vol. 1 2002. Bl.a tilgjengelig på <http://www.coe.int/> under Human Rights.

En problemstilling er hvilken vekt EMD bør tillegge en klar og konsekvent praksis fra ekspertkomiteen. Uttalelser og avgjørelser fra ekspertkomiteen er opplagt ikke bindende for EMD. Det faktum at ESP, i likhet med EMK, er underlagt Europarådet taler på den annen side for å tillegge denne praksis en ikke ubetydelig vekt. Det kan virke forvirrende om de to institusjonene skulle legge ulik fortolkning til grunn på området for den negative foreningsfrihet. Ekspertkomiteens uttalelser oppfattes som autoritative av medlemslandene selv, og gir et representativt bilde av den til enhver tid rådende oppfatning i de europeiske land. Det kan derfor være grunn til å vektlegge praktiseringen av ESP ved tolkning av tilsvarende bestemmelser i EMK.

Domstolen har da også lagt vekt på Ekspertkomiteens uttalelser i sin egen praksis på området for den negative foreningsfrihet. Ekspertkomiteens uttalelser var et argument for å konstatere krenkelse av art. 11 i såvel *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* som *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.¹⁹⁷ I *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* uttalte EMD:

*“.. to bring an end to the use of closed-shop agreements in the private sector is consistent with the manner in which the 1961 Social Charter has been applied to the issue of pre-entry closed-shop agreements. In its Conclusions XIV-1, XV-1 and XVI-1 the European Committee of Social Rights found that the Danish Act on Protection against Dismissal due to Association Membership infringed Article 5 of the Social Charter and accordingly the Governmental Committee proposed that a recommendation be addressed to Denmark”.*¹⁹⁸

I den tidligere omtalte avgjørelse om Norsk Folkehjelp la som nevnt Høyesterett vekt på ESP når den fant at den konkrete organisasjonspliktklausul var ulovlig.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Jf. *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* avsnitt 35 og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* avsnitt 72.

¹⁹⁸ Avsnitt 72.

¹⁹⁹ Avgjørelsen er behandlet i kapittel 3.3 over.

7.7 Nasjonale myndigheters skjønnsmargin

I dette kapittel skal jeg analysere Domstolens vurdering av om den selv kan overprøve de nasjonale myndigheters vurdering av om organisasjonspliktklausuler er i overensstemmelse med EMK art. 11.²⁰⁰ At den kan det er en forutsetning for at organisasjonspliktklausuler skal kunne innebære en krenkelse av bestemmelsen.

Innledning

I vurderingen av om det aktuelle inngrep kan sies å være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”, er myndighetene tilkjent en såkalt skjønnsmargin (”a margin of appreciation”). Skjønnsmarginen er et vesentlig trekk ved EMDs tolkning av nødvendighetskriteriet. Læren om statenes skjønnsmargin omhandler spørsmålet om hvor inngående EMD prøver konvensjonsmessigheten av statlige tiltak. Dersom en stat tilkjennes en skjønnsmargin, betyr det at EMD har tolket EMK slik at nasjonale myndigheter har en viss frihet til selv å vurdere konvensjonsmessigheten. Jo snevrere skjønnsmargin staten tilkjennes, desto mer inngående er EMDs prøving.

Det finnes ingen referanser verken i konvensjonsteksten eller i forarbeidene til at statene er gitt en skjønnsmargin i forhold til konvensjonens krav. Likevel har prinsippet en base i konvensjonens system.²⁰¹ Begrepet ”margin of appreciation” er i dag fast innarbeidet i EMDs praksis. Selv om læren oppstod i konvensjonsorganenes praksis og har blitt utviklet i denne, kan konvensjonsteksten hevdes å gi et indirekte (og nødvendig) grunnlag for å innvilge statene en skjønnsmargin. Det er således en smakssak om man fremhever teksten i EMK, eller praksis fra konvensjonsorganene som skjønnsmarginlærens primære rettskildegrunnlag

Skjønnsmarginen har betydning ved enhver tolkning av konvensjonen, men det er ved forholdsmessighetsvurderingen at læren har størst betydning. At staten har en slik skjønnsmargin i forhold til denne vurderingen, innebærer at offentlige myndigheter til en viss grad er gitt mandat

200 Dette temaet er nærmere behandlet i bl.a. Yutaka Arai-Takahashi: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen 2002 og Eva Brems: *The Margin of Appreciation in the Case-law of the European Court of Human Rights*, Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht Vol. 56 (1996), s. 240-314.

201 Jf. bla Oftedal Broch *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol*. I Lov og Rett 2005 s. 260.

etter konvensjonen til selv å avgjøre om forholdsmessighetskravet ("nødvendig i et demokratisk samfunn") er oppfylt. Myndighetene skal altså selv, i en viss utstrekning, påse at konvensjonens krav er innfridd. I forhold til problemstillingen om organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet innebærer skjønnsmarginlæren at Domstolen, når den innvilger statene en skjønnsmargin på dette området, i første omgang overlater til statene selv å vurdere om opprettholdelsen av et system som tillater organisasjonspliktklausuler alt i alt er forholdsmessig. Dersom skjønnets grenser og marginens forutsetninger er overholdt, vil EMD ikke sette sitt syn foran nasjonale myndigheters bare fordi den hevder å ha en mer hensiktsmessig oppfatning.

Læren om statenes skjønnsmargin er et sentralt virkemiddel for EMD til å forene behovet for internasjonal kontroll med hensynet til statens suverenitet. Bakgrunnen for statenes skjønnsmargin er at nasjonale myndigheter har det primære ansvar for å gjennomføre rettighetene i EMK, og at de presumptivt har bedre kjennskap til nasjonale særegenheter enn de internasjonale dommerne i EMD. Det er en alminnelig oppfatning at skjønnsmarginlæren er inspirert av nasjonale doktriner om domstolskontroll med forvaltningen.²⁰²

Hvis EMD tilkjenner statene en skjønnsmargin på et område prøver EMD kriteriene i EMK fullt ut først når den nasjonale beslutningsprosess har sviktet, dvs i saker der domstolen mener nasjonale myndighetsorganer ikke har gjennomført EMKs rettigheter på en effektiv og tilfredsstillende måte. Dette er uttrykk for en subsidiaritetstanke. Den overnasjonale kontrollen (eller domstolskontrollen nasjonalt – EMK er jo som nevnt inkorporert i norsk rett) er likevel reell.²⁰³ Den skjønnsmargin myndighetene har ved slike inngrep er begrenset av tyngden av de private interesser og inngrepets alvorlighetsgrad.²⁰⁴

Et sentralt poeng ved forståelsen av EMK er at det eksisterer et visst spenningsforhold mellom læren om den statlige skjønnsmargin, som jo er en innrømmelse til suverenitetsprinsippet, og prinsippene om dynamisk og effektiv tolkning som sentrale tolkningsprinsipper under

²⁰² I norsk teori har skjønnsmarginlæren vært sammenliknet med den norske læren om forvaltningens såkalte frie skjønn, jf. bl.a. Oftedal Broch s. 259.

²⁰³ Betydningen av læren om statenes skjønnsmargin for norske domstoler behandles i Christian Børge Sørensen, *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s 135 flg.

²⁰⁴ Jf. eksempelvis *Z mot Finland*, dom 25. februar 1997, Reports 1997-I.

konvensjonen.²⁰⁵ Skjønnsmarginlæren kan forstås som en begrensning av ”rommet” for disse tolkningsprinsipper. Jo større skjønnsmargin Domstolen innrømmer statene på et område, desto mindre rom blir det for å anvende slike tolkningsprinsipper.

Skjønnsmarginlæren legger videre opp til at myndighetene må fremlegge konkrete bevis for at opprettholdelsen av systemet med organisasjonspliktklausuler vil oppfylle de krav nødvendighetskriteriet oppstiller. I *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* uttalte Domstolen:

*“In assessing whether a Contracting State has remained within its margin of appreciation in tolerating the existence of closed-shop agreements, particular weight must be attached to the justifications advanced by the authorities for them and, in any given case, the extent to which they impinge on the rights and interests protected by Article 11”.*²⁰⁶

Dersom en domstol, det være seg EMD eller en nasjonal domstol, ved etterprøving av de angitte vurderinger kommer til at forholdsmessighetskravet ikke er oppfylt, vil organisasjonspliktklausulene være konvensjonsstridig og dermed ulovlig. Skjønnsmarginen er altså langt fra ubegrenset når man skal avgjøre om et inngrep i foreningsfriheten er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.²⁰⁷

Hvor omfattende er den statlige skjønnsmargin i forhold til organisasjonspliktklausuler og den negative foreningsfrihet etter EMK art. 11? Ordlyden i art. 11 er det naturlige utgangspunktet for avgjørelsen om statene innvilges en skjønnsmargin. Ordlyden gir imidlertid liten eller ingen veiledning utover det faktum at skjønnsmarginen har en rolle ved visse rettslige standarder. Domstolspraksis blir derfor den sentrale kilde. I det følgende vil jeg forsøke å analysere hvilken skjønnsmargin EMD i sin praksis har tilkjent statene i forhold til avhandlingens problemstilling.

Generelt en snever skjønnsmargin i forhold til inngrep i art. 11

I *Gorzelik med flere mot Polen* uttalte Domstolen at skjønnsmarginen i utgangspunktet er snever i forhold til inngrep i art. 11:

²⁰⁵ Se kapittel 8 2.

²⁰⁶ Avsnitt 58.

²⁰⁷ Jf. for eksempel *Murphy mot Irland*, dom 10. juli 2003, Reports 2003-IX, avsnitt 66.

*“in determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous supervision by the Court...”*²⁰⁸

Uttalelsen kan forstås som at Domstolen som et utgangspunkt innrømmer statene en snevrere skjønnsmargin i forhold til art. 11 sammenlignet med enkelte andre bestemmelser i EMK.

Uttalelsen må sees i sammenheng med at art. 11 og tilsvarende art. 10 anses som særlig viktig for demokratiet. Demokratihensynet taler derfor generelt for å innrømme statene en snever skjønnsmargin i forhold til foreningsfriheten. Isolert taler denne uttalelsen for at statene har en snever skjønnsmargin også i forhold til den negative foreningsfrihet slik denne er sikret i EMK art. 11.

Utvidet skjønnsmargin i forhold til arbeidsmarkedsspørsmål

Imidlertid har Domstolen uttalt at den statlige skjønnsmargin relativt stor i spørsmål om foreningsfrihet på arbeidsmarkedet. I *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* uttalte Domstolen:

*“In the area of trade-union freedom and in view of the sensitive character of the social and political issues involved in achieving a proper balance between the respective interests of labour and management, and given the wide degree of divergence between the domestic systems in this field, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to how the freedom of trade unions to protect the occupational interests of their members may be secured”.*²⁰⁹

Den utvidede skjønnsmargin på området har sammenheng med at det her må foretas brede politiske vurderinger av kryssende hensyn, som de nasjonale myndigheter i utgangspunktet er nærmest til å foreta. I slike saker vil gjerne faktum være omfattende og komplekst og spille en viktig rolle i vurderingen av et tiltaks konvensjonsmessighet. EMD har dessuten ansett nasjonale myndigheter for å ha bedre forutsetninger for å foreta vurderinger av generelle behov eller

²⁰⁸ Avsnitt 88.

²⁰⁹ Avsnitt 58.

tendenser i samfunnet, og staten er således gitt en skjønnsmargin der slike vurderinger er spesielt viktig for avgjørelsen. Gjennomgående vil statene være i en bedre posisjon til å vurdere kompliserte faktum om forholdene på de nasjonale arbeidsmarked, sammenlignet med EMD. Hensynet til statenes suverenitet og demokratihensynet vil ofte tilsi at EMD er tilbakeholden med å sette egne vurderinger foran de nasjonale på dette området.

Redusert skjønnsmargin ved spørsmål om organisasjonspliktklausuler

De generelle uttalelser om fagforeningsfrihet og forholdene på arbeidsmarkedet er likevel betydelig modifisert når det gjelder nettopp organisasjonspliktklausuler. Domstolen anser at disse klausuler er så vidt inngripende i den valgfrihet art. 11 bygger på, at skjønnsmarginen må reduseres. I *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* uttalte Domstolen:

*”However, where the domestic law of a Contracting State permits the conclusion of closed-shop agreements between unions and employers which run counter to the freedom of choice of the individual inherent in Article 11, the margin of appreciation must be considered reduced.”*²¹⁰

I sin vurdering av hvilken skjønnsmargin statene skal tilkjennes ser Domstolen også hen til endringer i samfunnsforhold som når den i *Sørensen og Rasmussen*-avgjørelsen uttaler:

*”Account must also be taken of changing perceptions of the relevance of closed-shop agreements for securing the effective enjoyment of trade-union freedom.”*²¹¹

Hvis behovet for organisasjonspliktklausuler ikke lenger er det samme som tidligere, vil dette kunne medføre en innsnevring av den statlige skjønnsmargin i forhold til vurderingen av hva som er ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.

Utvidet skjønnsmargin ved rettighetskollisjon?

Hvordan reagerer så EMD i en situasjon hvor to rettigheter, og ulike hensyn kommer i konflikt med hverandre? Problemstillingen er av sentral betydning hvis man aksepterer at det er et

²¹⁰ Avsnitt 58.

²¹¹ Ibid.

motsetningsforhold mellom den positive og den negative foreningsfrihet. Får en slik konflikt noen betydning for den statlige skjønnsmargin?

Når det oppstår en rettighetskollisjon mellom ulike menneskerettighetsnormer, tilkjennes statene gjerne et forholdsvis vidt skjønnsmessig spillerom av EMD.²¹² Nasjonale myndigheter tilkjennes altså et handlingsrom for hvordan de vil harmonisere kolliderende rettigheter, og statene kan i denne sammenhengen legge vekt på nasjonale verdiprioriteringer.

I flere saker har EMD begrunnet skjønnsmarginen med at det foreligger to motstridende rettigheter. Bakgrunnen for dette er at de lokale myndigheter kjenner forholdene bedre, og de anses derfor bedre egnet til å foreta de nærmere avveininger. Domstolen har ofte understreket behovet for å finne en rimelig balanse ("fair balance" eller "proper balance") mellom kolliderende interesser og rettigheter, og at nasjonale myndigheter tilkjennes en viss skjønnsmargin i vurderingen av de konkurrerende hensyn.²¹³ I *Chassagnou mot Frankrike* som gjaldt art. 11 påpekte Domstolen den nære sammenheng mellom denne balanseringen av motstridende rettigheter og et velfungerende demokrati:

"Where ... rights and freedoms are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights each individual which constitutes the foundation of a democratic society. The balancing of individual interests that may well be contradictory is a difficult matter, and Contracting States must have a broad margin of appreciation in this respect, since the national authorities are in principle better placed than the European Court to assess whether or not there is a «

²¹² Jf. for eksempel *Otto-Preminger-Institut mot Østerrike*, dom 20. september 1994, Series A 295-A avsnitt 55 og *Wingrove mot Storbritannia*, dom 25. november 1996, Reports 1996-V, avsnitt 53. EMD har i disse avgjørelsene godtatt statens vurderinger av behovet for inngrep i ytringsfrihet (art. 10) av hensyn til andres religiøse rettigheter (art. 9).

²¹³ Se eksempelvis *Brogan med flere mot Storbritannia*, dom 29. november 1988, Series A 145-B, avsnitt 27 og *Soering mot Storbritannia*, dom 07. juli 1989, Series A 161, avsnitt 35.

*pressing social need » capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention.*²¹⁴

Sitatet illustrerer at det må skilles mellom inngrep som har til formål å fremme private interesser (rettigheter) som er vernet av EMK, og private interesser som ikke er vernet. Den positive foreningsfrihet er vernet av EMK art. 11.

I avveiiingen mellom konvensjonsvernede rettigheter vil det kunne være en vid skjønnsmargin for staten. Demokratihensynet, som er et av de grunnleggende hensyn konvensjonen bygger på,²¹⁵ vil lett tale for en vid skjønnsmargin i slike tilfeller. Hensynet til en effektiv menneskerettighetsbeskyttelse vil likevel kunne relativisere marginens omfang, også ved en rettighetskollisjon mellom konvensjonsvernede interesser.²¹⁶ Jo viktigere den individuelle rettighet som det gripes inn i er for fellesskapet, desto mindre grunn er det til å vise tilbakeholdenhet. Den snevre skjønnsmargin som Domstolen har innrømmet statene i forhold til spørsmålet om organisasjonsplikt-klausuler, kan etter min oppfatning i første rekke sees som et utslag av effektivitetsprinsippet.²¹⁷

Oppsummering

Gjennomgangen viser at Domstolen innvilger statene en snever skjønnsmargin i forhold til problemstillingen med organisasjonsplikt-klausuler etter EMK art. 11. Dette er kanskje noe overraskende sett hen til Domstolens generelle uttalelser om utvidet skjønnsmargin i tvister om arbeidsmarkedsspørsmål og ved rettighetskollisjoner. Imidlertid har Domstolen lagt betydelig vekt på hensynet til et effektivt vern av individenes foreningsfrihet, noe som taler for en snever skjønnsmargin.

²¹⁴ *Chassagnou med flere mot Frankrike*, avsnitt 113.

²¹⁵ Demokratihensynet er behandlet i kapittel 8.3.2.

²¹⁶ Effektivitetsprinsippet er nærmere behandlet i kapittel 8.2.1.

²¹⁷ Jf. kapittel 7.7 og kapittel 8.2.1.

7.8 Oppsummering

Dette kapitlet har vist at flere momenter har betydning når Domstolen tar stilling til om offentlige myndigheters aksept av et system med organisasjonspliktklausuler, gitt at disse kan sies å utgjøre et inngrep i EMK art. 11, må godtas som ”nødvendige i et demokratisk samfunn”. Momentene gjør seg imidlertid gjeldende i ulike typetilfeller av konflikter. Eksempelvis gjør hensynet til et velfungerende nasjonalt arbeidsmarked seg først og fremst gjeldende i situasjoner der organisasjonspliktklausulen inngås som en avtale mellom arbeidsgiver og fagforening. Hensynet til kontroll og reguleringsbehov gjør seg på den annen side først og fremst gjeldende i de situasjoner der organisasjonspliktklausulen er pålagt uavhengige profesjonsutøvere (selvstendig næringsdrivende) ved lov. Hensynet til den positive foreningsfrihet kan prinsipielt få betydning i begge disse situasjoner, men er ikke vektlagt i særlig grad. Den europeiske utvikling og andre internasjonale konvensjoner er momenter som generelt trekker i retning av at organisasjonspliktklausuler ikke lenger kan anses ”nøvendige i et demokratisk samfunn”.

Domstolens praksis viser at det ikke kan utelukkes at noen av de nevnte momenter kan rettferdiggjøre inngrep i den negative foreningsfrihet. Det kan heller ikke utelukkes at andre hensyn enn de jeg har analysert kan være av betydning. Om Domstolen godtar inngrep i den negative foreningsfrihet vil selvsagt avhenge av de konkrete omstendigheter i den enkelte sak. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor tungtveiende hensyn som må foreligge. Imidlertid er statene pålagt en tung argumentasjonsbyrde. Hvis ikke statene makter å overbevise Domstolen om at de formål den påberoper virkelig ikke kan oppnås uten bruk av organisasjonspliktklausuler vil Domstolen konstatere krenkelse av art. 11. I *Sigurður A. Sigurjónsson mot Island* maktet ikke islandske myndigheter å overbevise Domstolen om at den aktuelle organisasjonspliktklausul virkelig var nødvendig for å ivareta FRAMIs kontroll og reguleringsfunksjon. Tilsvarende maktet ikke de danske myndigheter å overbevise EMD om at opprettholdelsen av et system med organisasjonspliktklausuler virkelig var nødvendig av hensyn til det danske arbeidsmarked i avgjørelsen *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Resultatet ble derfor at EMK art. 11 var krenket i begge disse saker.

I vurderingen av om organisasjonspliktklausuler som utgjør et inngrep i den negative foreningsfrihet kan godtas etter EMK art. 11 (2) som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”

tillegges statene kun en begrenset skjønnsmargin. Behovet for internasjonal kontroll som sikrer borgerne effektive rettigheter er i stor utstrekning gitt forrang foran hensynet til statens suverenitet.

8 Hvordan kan EMDs fremgangsmåte forstås?

8.1 Innledning

I dette kapittel skal jeg forsøke å forklare og problematisere Domstolens praksis på området for den negative foreningsfrihet etter EMK art. 11. Dette er ambisiøse målsetninger. Jeg begrenser meg til å behandle en mulig forklaringsmodell. Andre forklaringsmodeller kan selvsagt tenkes, men er ikke tema for denne avhandlingen.

Som de foregående kapitler viser, har det skjedd en betydelig rettsutvikling hva gjelder den negative foreningsfrihet i forhold til EMK. Fra å være bevisst utelatt fra EMK, er den negative foreningsfrihet nå i betydelig grad anerkjent som en beskyttet rettighet etter art. 11. Domstolen har i stor grad følt seg fri til å overprøve de nasjonale myndigheters vurderinger av om inngrep i den negative foreningsfrihet kan godtas som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”.²¹⁸ EMD har herunder oppstilt en tung argumentasjonsbyrde for stater som av ulike grunner ønsker å opprettholde et system med organisasjonspliktklausuler. Hvis staten ikke har maktet å overbevise Domstolen om at organisasjonspliktklausuler er nødvendig for å ivareta de aktuelle legitime formål, har Domstolen konstatert krenkelse. Slik den gjorde det i bl.a. *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island* og *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Hva er bakgrunnen for denne fremgangsmåten? Hvordan kan denne fremgangsmåten problematiseres?

Etter min oppfatning kan Domstolens handlingsmåte best forklares retts teknisk ved at EMD har lagt betydelig vekt på prinsippene om effektiv og dynamisk tolkning når den har tolket art. 11 på området for den negative organisasjonsfrihet. Disse prinsippene er igjen nært knyttet opp mot de grunnleggende formål og verdier konvensjonen bygger på. I 8.2 vil jeg presentere disse tolkningsprinsipper sett i sammenheng med bakgrunnen for de grunnleggende verdier og formål som tolkningsprinsippene søker å fremme. I 8.3 vil jeg nærmere analysere disse formål og verdier

²¹⁸ Jf. behandlingen av dette tema i kapittel 7.

og drøfte i hvilken grad EMDs praksis på området for den negative foreningsfrihet faktisk fremmer disse formål.

8.2 Tolkningsprinsipper

Som fremstillingen har vist har Domstolen vektlagt to tolkningsprinsipper i saker om den negative foreningsfriheten: effektivitetsprinsippet og prinsippet om dynamisk tolkning. I det følgende vil jeg kort redegjøre for disse.

8.2.1 Effektivitetsprinsippet²¹⁹

Wienkonvensjonen om traktatretten art. 31, fastslår at konvensjoner skal tolkes i samsvar med dens gjenstand og formål (*object and purpose*). Dersom ordlyden ikke gir noen klar løsning på et tolkningsspørsmål er det i folkeretten vanlig å legge stor vekt på formålet, i samsvar med det såkalte effektivitetsprinsippet.²²⁰ Effektivitetsprinsippet er altså et anerkjent prinsipp i folkeretten. Særlig betydning har effektivitetsprinsippet ved tolkning av menneskerettighetskonvensjoner. Bernhardt begrunner dette med at "*Human Rights treaties in particular intend an effective and not only theoretical protection of the individual, and this aim can only be reached if the interpretation takes account of changing conditions in State and society*".²²¹

I EMKs fortale blir det slått fast at konvensjonen har som mål å sikre at de rettigheter den fastslår blir effektivt anerkjent og etterlevd.²²² Formålsbetraktninger blir derfor tillagt betydelig vekt i EMDs praksis. Det kan dreie seg om de generelle formål bak EMK eller et formål som tillegges enkeltbestemmelser i konvensjonen. I flere avgjørelser kommer det frem at Domstolen foretrekker en praktisk og effektiv tolkning, fremfor å benytte seg av en formell tolkningsteknikk.

²¹⁹ Dette tema er behandlet i bl.a. Søren B. Prebensen, "*Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*", 1123-1137 i Mahoney m.fl. *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Studies in memory of Rolv Ryssdal, Kølshavn 2000 og Rudolf Bernhardt. *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, s. 11-25. German Yearbook of International Law. Volume 42. 1999.

²²⁰ Jf. bl.a. Morten Ruud og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. Oslo 1998. s. 67.

²²¹ Rudolf Bernhardt. *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*. s. 23. Sitatet illustrer også sammenhengen mellom effektivitetsprinsippet og prinsippet om dynamisk tolkning, jf. kapittel 8.2.2.

²²² EMK- fortalens tredje preambulære setning.

Dette betyr at det ikke er nok at rettighetene fungerer i teoretisk forstand, men at det er nødvendig for Domstolen å undersøke individets faktiske stilling. Domstolen har ved flere anledninger påpekt at konvensjonen ikke skal garantere rettigheter som bare er teoretiske eller illusoriske, men i stedet rettigheter som er praktiske og effektive.²²³

Airey mot Irland gir et godt eksempel på betydningen av effektivitetsprinsippet. Fru Airey ville oppnå ”judicial separation” fra sin mann, noe som visstnok var det nærmeste man kom skilsmisse i Irland. Dette krevde imidlertid sakførsel for en nasjonal domstol (High Court). Airey hadde ikke selv råd til advokat. Hun søkte om fri rettshjelp, men fikk avslag. EMD fant at dette var i strid med EMK art. 6 (1) som bl.a. sikrer retten til domstolsadgang. Selv om det var en sivil sak, fant EMD at det av art. 6 fulgte et krav om fri rettshjelp der dette var tvingende nødvendig. Airey kunne nok formelt sett ha adgang til å føre saken selv, men saksfeltet og saksbehandlingen var komplisert. Siden konvensjonen skulle sikre rettigheter som er praktiske og effektive, måtte det følge et krav om fri rettshjelp i denne saken. Staten kunne ikke oppfylle sin forpliktelse ved å vise til at hun hadde adgang til å føre saken selv.

I *Christine Goodwin mot Storbritannia* uttalte EMD:

*”It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”.*²²⁴

Domstolen legger altså stor vekt på konvensjonens formål når den skal fastlegge det nærmere innholdet i rettighetene EMK beskytter. Effektivitetsprinsippet innebærer at Domstolen i stor utstrekning vil tolke konvensjonen slik at de grunnleggende formål og verdier konvensjonen bygger på blir realisert. Legitimiteten av denne tolkningsstil har sammenheng med statenes anerkjennelse av de grunnleggende formål konvensjonen bygger på. Gjennom sin tilslutning til

²²³ Jf. eksempelvis *Airey mot Irland*, dom 9. oktober 1979, Series A 32 og *X og Y mot Nederland*, dom 26. mars 1985, Series A 91.

²²⁴ *Christine Goodwin mot Storbritannia*, dom 11. juni 2002, Reports 2002-VI, avsnitt 74.

konvensjonen, herunder fortalen, har statene også anerkjent disse grunnleggende verdier og formål.

Prinsippet har medført at Domstolen i visse tilfeller tolker rekkevidden og innholdet av rettighetene og frihetene i konvensjonen utvidende i forhold til bestemmelsenes ordlyd.

Prinsippet har etter min oppfatning vært et sentralt tolkningsargument bak den rettsutvikling som i dag innebærer at EMK art. 11 også verner om den negative foreningsfrihet.

Spenning i forhold til suverenitetsprinsippet

Som nevnt bl.a. i kapittel 7.7, eksisterer det et visst spenningsforhold mellom på den ene siden suverenitetsprinsippet som blant annet den statlige skjønnsmargin er en innrømmelse til, og på den andre siden effektivitetsprinsippet. Hensynet til en effektiv menneskerettighetsbeskyttelse taler normalt for en inngående prøving fra Domstolens side, og er dermed ofte et hensyn mot en vid statlig skjønnsmargin. Riktignok kan det hevdes at en statlig skjønnsmargin i alle fall på sikt fremmer hensynet til et effektivt menneskerettighetsvern. Det forutsetter i så fall at nasjonale myndigheter, herunder domstolene, er seg sitt ansvar bevisst, og at de samvittighetsfullt foretar grundige vurderinger av konvensjonens kriterier basert på sin kjennskap til de nasjonale særtrekk. I hvilken grad de nasjonale domstoler lever opp til disse idealer vil nok variere.

8.2.2 Dynamisk tolkning

Et annet tolkningsprinsipp som fortjener særskilt omtale i denne sammenheng er prinsippet om dynamisk tolkning. Også dette prinsippet har etter min oppfatning vært et viktig tolkningsargument bak den rettsutvikling som i dag innebærer at EMK art. 11 også verner om den negative foreningsfrihet. Prinsippet har nær sammenheng med effektivitetsprinsippet og er grunnlaget for anvendelsen av det. Praksis viser at når EMD tolker EMK dynamisk har dette ofte medført at rettighetene i EMK tolkes utvidende, og dermed styrket menneskerettsvernet.

Med henvisning til EMKs gjenstand og formål har EMD lagt til grunn at konvensjonen må oppfattes som *"a living instrument which ... must be interpreted in the light of present day*

conditions".²²⁵ Det innebærer at konvensjonens bestemmelser gis et innhold som samsvarer med tidens oppfatning. Begrunnelsen for denne tolkningsstil er altså å fremme konvensjonens rettigheter og grunnleggende formål på en effektiv måte. Doktrinen om dynamisk tolkning av EMK er beskrevet av Rolv Ryssdal, tidligere president i EMD, som "*one of the most important principles of interpretation of the Convention*".²²⁶

Anvendelse av prinsippet om dynamisk tolkning gir uttrykk for et syn om at standarden på de rettigheter EMK beskytter ikke er historisk fastlagt, men kan ses som en refleks av samfunnsmessige forandringer.²²⁷ Denne "evolutive" tolkningsstil innebærer at forhold som tidligere har vært i samsvar med EMK, senere kan bli ansett for å være i strid med konvensjonen. Rudolf Bernhardt har beskrevet hensynet bak prinsippet på følgende måte: "*Sometimes old problems need new answers or at least new considerations, and modern developments sometimes require the application of human rights guarantees to the new developments*".²²⁸ At EMD ved tolkningen av EMK anvender en dynamisk fortolkning, har nok også sammenheng med at det innenfor Europarådssystemet ikke er etablert en internasjonal lovgivningsmyndighet som kan tilpasse konvensjonen til samfunnsutviklingen.²²⁹ Prinsippet om dynamisk tolkning kan sees på som en slags "kompensasjon" for denne mangel.

Prinsippet om dynamisk tolkning innebærer at EMD har sett hen til samfunnsutviklingen og rettsutviklingen når Domstolen i konkrete saker har avgjort om den negative organisasjonsfrihet er krenket. Domstolens praksis i saker som omhandler den negative foreningsfrihet er etter min oppfatning et utpreget eksempel på en dynamisk konvensjonsfortolkning. Selv om organisasjonspliktklausuler opprinnelig ble ansett for å være forenlig med EMK art. 11, var ikke rettsstilstanden sementert. Art. 11 er blitt tolket dynamisk av EMD, og dette har medført at en rekke former for organisasjonspliktklausuler i dag er uforenlig med konvensjonen. Domstolen

²²⁵ Jf. Første gang i *Tyrer mot Storbritannia*, dom 25. april 1978, Series A 26, avsnitt 31.

²²⁶ Prebensen, s. 1123

²²⁷ P. van Dijk and G.J.H. van Hoof, s. 77.

²²⁸ Rudolf Bernhardt, *Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, s. 20.

²²⁹ EMK har likevel blitt utviklet gjennom statenes tilslutning tileggsprotokoller. I alt er det vedtatt 14 tileggsprotokoller siden 1950.

vektlegger dette tolkningsprinsipp uttrykkelig i bl.a. *Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island*.²³⁰ Her legger Domstolen betydelig vekt på rettsutviklingen i Europa, på det nasjonale så vel som det internasjonale plan, som et hensyn som støtter en dynamisk tolkning av konvensjonen.²³¹

Domstolen uttaler:

*“In this connection, it should be recalled that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”.*²³²

Også i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* var rettutviklingen i Europa et argument Domstolen vektla.²³³

Dynamisk tolkning eller nye rettigheter?

Har Domstolens dynamiske tolkning i saker som omhandler den negative foreningsfrihet gått for langt i forhold til konvensjonens ordlyd og de kontraherende partenes dokumenterte forutsetninger, slik disse har kommet til uttrykk i forarbeidene?²³⁴ I flere saker om andre bestemmelser enn art. 11 har Domstolen lagt avgjørende vekt på de grenser som ordlyd og medlemslandenes dokumenterte forutsetninger setter for tolkningen. Disse grenser har i flere saker forhindret dynamisk konvensjonstolkning.

EMD-avgjørelsen *Johnston mot Irland*, som gjaldt tolkning av EMK art. 12, kan tjene til illustrasjon. I Irland var det forbud i grunnloven mot skilsmisse. Johnstons ekteskap hadde brutt sammen, og han levde sammen med en ny kvinne og hadde en datter med henne. Han hadde ingen muligheter til å få ekteskapet oppløst. Han kunne derfor ikke gifte seg med den kvinnen han nå levde sammen med. Johnston klaget til EMD og hevdet at dette krenket hans rettigheter etter EMK art. 12, som sikrer retten til å inngå ekteskap. I denne saken kom EMD til at den alminnelige betydningen av ”rett til å gifte seg” ikke omfattet retten til å skille seg. Domstolen uttalte at ordlyden var klar. Bestemmelsen gjaldt inngåelse av ekteskap, ikke oppløsningen av

²³⁰ Jf. avsnitt 35.

²³¹ Se også kapittel 7.5.

²³² Avsnitt 35.

²³³ Avsnitt 70-75. Se også kapittel 7.5.

²³⁴ Se kapitlene 6.1. og 6.2.

det. Domstolen fant i tillegg at forarbeidene bekreftet at det ikke var meningen å inkludere noen rett til skilsmisse.

Konvensjonens ordlyd satte også grenser for tolkningen i avgjørelsen *Pretty mot Storbritannia*, som gjaldt EMK art. 2.²³⁵ Pretty led av multippel sklerose (MS). Sykdommen var langt fremskreden. Hun ønsket en bekreftelse fra påtalemyndigheten om at hennes mann ikke ville bli strafforfulgt dersom han ytet henne aktiv dødshjelp, men en slik bekreftelse fikk hun ikke. Hun klaget til EMD og hevdet blant annet at EMK art. 2 (som beskytter retten til liv) også omfattet retten til å bestemme om hun ville fortsette å leve. Spørsmålet var i realiteten om retten til aktiv dødshjelp kunne leses inn i EMK art. 2. EMD ga henne ikke medhold, og bygget i stor utstrekning på en ordlydsfortolkning. Domstolen uttaler blant annet: “*Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die.*”²³⁶

I disse sakene ga ordlyden klar veiledning, og da ble den tillagt avgjørende vekt. Dommene bekrefter således at ordlyden generelt setter grenser for utviklingen av konvensjonsvernet gjennom tolkning. Særlig *Johnston*-saken er et godt eksempel på at EMD legger avgjørende vekt på de grenser som ordlyden og partenes forutsetninger setter opp, selv om “the present-day conditions” trekker i retning av en utvidelse av konvensjonsvernet. Klageren hadde nettopp vist til samfunnsutviklingen, at det nå var en utbredt aksept av retten til skilsmisse, til støtte for sitt syn. Men til dette uttalte Domstolen at den:

*“cannot by means of an evolutive interpretation, derive from [the Convention and the Protocols] a right which was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate”.*²³⁷

²³⁵ *Pretty mot Storbritannia*, dom 29. april 2002, Reports 2002-III.

²³⁶ Avsnitt 39.

²³⁷ Avsnitt 53.

Her understrekes altså begrensningene i den utviklingspregede tolkningsstil; EMD kan ikke tolke inn rettigheter som ikke var inkludert i konvensjonen i utgangspunktet. Men på vårt saksområde (den negative foreningsfrihet) kan en si at det nettopp var det EMD gjorde selv om forutsetningene ser ut til å ha vært liknende som i *Johnston*-saken.

Etter min oppfatning er det grunnlag for å hevde at Domstolens praksis i saker som omhandler den negative foreningsfrihet representerer et unntak fra det rettslige hovedsynspunkt at nye rettigheter ikke kan leses inn ad tolkningsvei. Det er vanskelig å forklare hvorfor ordlyd og forutsetninger i forarbeidene var til hinder for dynamisk tolkning i bl.a. *Johnston*-saken, men at dette ikke har vært avgjørende i saker om den negative foreningsfrihet. At hovedsynspunktet likevel må være at konvensjonens ordlyd og medlemsstatenes dokumenterte forutsetninger setter klare grenser for det dynamiske tolkningsprinsipp, kan neppe være tvilsomt.²³⁸

8.2.3 EMKs formål

EMKs grunnleggende formål er som nevnt viktige for anvendelsen av både effektivitetsprinsippet og prinsippet om dynamisk tolkning av EMK. Det blir derfor viktig å kartlegge bakgrunnen for og hvor man finner formålene.

EMKs grunnleggende formål kan ses i sammenheng med konvensjonens forhistorie. EMK ble utformet i tiden like etter andre verdenskrig. Konvensjonsforfatterne hadde den nære fortids grove overgrep friskt i minnet. Europarådet, som stod bak utarbeidelsen av konvensjonen, var en del av de vesteuropeiske staters ideologiske og politiske reaksjon mot overgrep fra bl.a. naziregimet under andre verdenskrig og mot østblokken, blant annet Sovjets okkupasjon av Tsjekkoslovakia i 1948. Ut ifra disse hendelsene ønsket de vesteuropeiske landene, som var Europarådets medlemmer på denne tiden, å opprette et system bestående av fundamentale verdier som deres rettslige og sosiale orden skulle hvile på.²³⁹ Konvensjonens generelle formål er en

²³⁸ Slik oppfatter jeg også Søren B. Prebensen, side 1123, hvor det blant annet heter i en oppsummering på side 1136 at prinsippet om evolutiv tolkning har blitt brukt som "*an interpretive, not legislative, tool*". Han fortsetter: "*Whilst having refrained from adding new rights to the Convention, the Court has - subject to certain conditions - been prepared to adapt the existing Convention guarantees to evolutions in standards in the Convention community...*"

²³⁹ P. van Dijk og G. J. H. van Hoof: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, s.1-2.

konsekvens av disse historiske hendelsene og denne konteksten. Et sentralt formål med konvensjonen var derfor å forhindre at systematiske menneskerettighetskrenkelser, som europeisk historie hadde gitt mange eksempler på, skulle kunne skje igjen.²⁴⁰

Konvensjonens formål kommer til uttrykk flere steder. Av særlig betydning er konvensjonens fortale (preambelen).²⁴¹ I *Golder mot Storbritannia* uttalte EMD at fortalen er ”*generally very useful for the determination of the object and purpose of the Convention*”.²⁴²

Praksis fra EMD viser at det særlig er tre grunnleggende formål eller verdier som Domstolen vektlegger i sin tolkning av konvensjonen. Domstolen forsøker å tolke konvensjonen slik at disse formål blir best mulig ivaretatt. Disse er for det første, bevaring av ideen om individuell verdighet (”*dignity*”), for det andre betydningen av et ”*effective political democracy*”, og for det tredje ivaretagelse av rettsstatens prinsipper (”*rule of law*”). Konvensjonsforfatterne mente at en ivaretagelse av disse tre verdiene var helt sentralt for å kunne forhindre systematiske overgrep mot fundamentale menneskerettigheter i fremtiden.²⁴³

Formålene glir til dels over i hverandre. Det er ikke alltid lett og heller ikke nødvendig å skille dem klart fra hverandre. Ivaretagelse av individenes verdighet, kan bare skje i et demokratisk samfunn som bygger på rettsstatens idealer. Men de nevnte formål kan på den annen side til en viss grad være motstridende, både i forhold til seg selv og i forhold til hverandre.

I kapittel 8.3 ser jeg nærmere på to av disse formål. Bortsett fra at rettsstatsprinsippet utgjør et viktig element i Domstolens demokratibegrep gjør ikke prinsippet seg i særlig grad gjeldende i forhold til avhandlingens problemstilling, og blir derfor ikke behandlet nærmere.

²⁴⁰ Jf. eksempelvis rapporten fra den franske delegaten, Teitgen, i Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”, vol. I.

²⁴¹ Emberland, Marius. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. s. 36-37. Konvensjonens formål kommer for øvrig også til uttrykk flere steder i EMKs operative deler.

²⁴² *Golder mot Storbritannia*, avsnitt 34.

²⁴³ Ibid.

8.3 Nærmere om EMKs verdier og formål

I dette kapitlet vil jeg analysere to av de generelle formål EMK bygger på, og som Domstolen har vektlagt i sin praksis, når den har avgjort saker som omhandler problemstillingen om den negative foreningsfrihet. Herunder vil jeg problematisere i hvilken grad Domstolens aktive praksis har vist seg egnet til å fremme disse formålene.

8.3.1 Individuell verdighet ("dignity")

At hensynet til individets verdighet er grunnleggende formål med EMK, må antas å følge av konvensjonens fortale (preambelen) i det den viser til FNs Verdenserklæring, jf 1. preambulære setning. I Verdenserklæringens fortale fremkommer det at individets verdighet ("*dignity*") er en sentral verdi og en absolutt forutsetning for frihet og rettferdighet: "*Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.*"²⁴⁴ Dette formålet anses som et grunnleggende normativt utgangspunkt for rettighetene i så vel Verdenserklæringen som i EMK.²⁴⁵

Domstolen viser ofte til individenes verdighet ("*dignity*") i sin tolkning av konvensjonen. *Christine Goodwin mot Storbritannia*, som gjaldt art. 8, kan tjene som illustrasjon. Domstolen brøt her med sin tidligere restriktive praksis i saker om transseksuelles rettigheter, og la vekt på at "*the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom*".²⁴⁶ I forlengelsen av dette understreket Domstolen at ved tolkningen av EMK er den underliggende forestilling om den personlige autonomi et viktig prinsipp:

"Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is

²⁴⁴ Verdenserklæringens første preambulære setning.

²⁴⁵ J.A. Frowein. *Human Dignity in International Law*. I D. Kretzmer og E. Klein (red) *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*. Haag. 2002. s. 121.

²⁴⁶ Avsnitt 90. Selv om Domstolen bruker uttrykket "and" mellom "human dignity" og "human freedom" må uttalelsen etter min oppfatning forstås som om Domstolen taler om to sider av det samme formål.

*given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings”.*²⁴⁷

Hensynet til å realisere slike formål slo gjennom, selv om den nye, forpliktelsen til å anerkjenne de transseksuelles kjønnskifte ville medføre vidtrekkende og problematiske endringer i nasjonale rettssystemer.²⁴⁸

Imidlertid har ikke Domstolen, i alle fall så langt jeg kan se, gitt noen nærmere presisering av dette formålets innhold. Rent språklig kan ordet ”*dignity*” kanskje forstås som respekten for individets menneskeverd, frihet og mulighet til selvrealisering. Det er denne forståelse av formålet som legges til grunn i denne avhandlingen.

Privat autonomi

Et sentralt element i individenes verdighet er ifølge EMD individenes private autonomi, eller personlige frihet.²⁴⁹ Med privat autonomi mener jeg her den tilstand der en person i det minste delvis kan styre sitt liv, på det vis at han eller hun kan velge mellom et utvalg av verdifulle alternativer, uten at hans valg er begrenset av tvang eller mangel på de egenskaper og ressurser som er nødvendige for å oppnå en rimelig grad av måloppfyllelse. Den autonome person kan også beskrives som en som bl.a. har en distinkt identitet og som i høy grad skaper sitt eget liv.²⁵⁰

Vektlegging av dette hensyn har kanskje særlig klart kommet til uttrykk i de avgjørelser som omhandler nettopp den negative foreningsfrihet. I *British Rail*-avgjørelsen la Domstolen vekt på autonomihensynet som et argument for at art. 11 kom til anvendelse:

“Another facet of this case concerns the restriction of the applicants’ choice as regards the trade unions which they could join of their own volition. An individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of action or choice which

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Jf. eksempelvis *Christine Goodwin mot Storbritannia*, avsnitt 90.

²⁵⁰ Disse definisjonene er hentet fra, John Gray, *The Moral Foundations of Market Institutions*. Oxford, 1992.

*remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no practical value”.*²⁵¹

Autonomihensynet ble også vektlagt i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*, hvor Domstolen uttalte:

*”In this connection the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of the Convention guarantees. This notion must therefore be seen as an essential corollary of the individual’s freedom of choice implicit in Article 11 and confirmation of the importance of the negative aspect of that provision”.*²⁵²

Som nevnt i kapittel 7.7 fant EMD i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* at hensynet til individenes valgfrihet tilsa en reduksjon av den statlige skjønnsmargin, i spørsmålet om ”nødvendigheten” av organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet:

*”where the domestic law of a Contracting State permits the conclusion of closed-shop agreements between unions and employers which run counter to the freedom of choice of the individual inherent in Article 11, the margin of appreciation must be considered reduced”.*²⁵³

I disse sakene anvendte altså Domstolen autonomihensynet som en begrunnelse for å tolke konvensjonen utvidende, og oppstille et sterkt konvensjonsvern også for den negative foreningsfrihet.

Er Domstolens praksis egnet til å ivareta hensynet til individuell verdighet

Det kan spørres om Domstolens utvidende tolkning av EMK art. 11 virkelig er egnet til å ivareta hensynet til individenes personlige verdighet (”*dignity*”) og særlig autonomiaspektet. Svaret avhenger nok av øynene som ser.

²⁵¹ Avsnitt 56.

²⁵² Avsnitt 54.

²⁵³ Avsnitt 58.

Det er selvsagt ikke uten grunn at Domstolen anfører hensynet til den private autonomi til støtte for et sterkt vern av den negative foreningsfrihet. Et av EMKs kjerneområder er vern om mindretallet og de svake gruppers interesser overfor majoritetens makt. Hvis individene står fritt til å melde seg inn i en fagforening eller la være uten noen form for tvang, vil deres integritet og verdighet ivaretas på beste måte. En sentral del av individets menneskeverd og selvrealisering er jo nettopp fravær av tvang i forhold til viktige beslutninger som angår en selv. Hensynet til individenes verdighet og integritet taler for at de skal stå fritt til å avgjøre om de ønsker å organisere seg i en fagforening, og i så fall hvilken organisasjon de skal være med i. Opprettholdelse av organisasjonspliktklausuler står derfor i et motsetningsforhold til dette formålet.

Menneskets iboende verdighet kan også være av betydning ved drøftelsen av hvor omfattende positive forpliktelser for statene som kan utledes av EMK art. 11.²⁵⁴ Et viktig synspunkt i forbindelse med ivaretagelsen av den individuelle integritet og verdighet er at det for det enkeltindivid som rammes ikke har særlig betydning hvem som begår brudd på rettighetene hans/hennes. Individets verdighet vil krenkes uavhengig av om det er private eller offentlige aktører som står bak bruddet. Det kan hevdes at beskyttelse mot krenkelse av rettighetene derfor kan være like viktig for individet hvor det skjer et overtramp fra private arbeidsgivere eller fagforeninger. Ut fra denne betraktning taler hensynet til individenes verdighet for et sterkt vern av den negative foreningsfrihet, og tilsvarende vidtrekkende positive forpliktelser for statene for å sikre denne retten.

Domstolens vektlegging av autonomihensynet som begrunnelse for å utvide konvensjonsvernet på den negative foreningsfrihetens område kan problematiseres. Kan opprettholdelsen av organisasjonspliktklausuler tenkes ikke bare å stå i motstrid med hensynet til individets autonomi, men samtidig også ivareta dette sentrale formål bak EMK? Det går an å argumentere for dette syn. Det kan eksempelvis anføres at organisasjonspliktklausuler er med på å sikre individenes autonomi, til tross for at de arbeiderne som tvinges til medlemskap neppe er enig i dette selv. Organisasjonspliktklausuler har jo blant annet som formål å opprettholde sterke fagforeninger

²⁵⁴ Jf. kapittel 5.2.

som kan sikre arbeidstakerne best mulig arbeids- og lønnsforhold, som igjen er viktig for deres menneskelige behov. Arbeidere som utnyttes av sine arbeidsgivere ved dårlig lønn, lite fritid og helseskadelig arbeidsforhold vil neppe oppleve å ha grad av selvbestemmelse over sine liv.

Domstolen legger betydelig vekt på autonomihensynet når den tolker art. 11 på vårt område. Imidlertid er heller ikke autonomihensynet uproblematisk. En innvending mot Domstolens vektlegging av hensynet til den private autonomi kan nettopp være at et individ ikke kan være autonomt dersom det er avhengig av andres avgjørelser om hvilke ressurser som skal stilles til rådighet. Michael Walzer har betegnet forestillingen om et samfunn der medlemmene kun inngår selvvalgte fellesskap som en ”dårlig utopi”. Han påpeker at intet samfunn kan eksistere uten fellesskaper, foreninger og organisasjoner, som individene inngår i forut for ethvert valg, og som leverer de rammer som gjør et selvstendig valg meningsfullt.²⁵⁵ Ut fra en slik vurdering kan Domstolens vektlegging av den individuelle autonomi kritiseres for å være et paternalistisk forsøk på å skape rammebetingelsene som gjør autonomi mulig, uten at man har noen garanti for at målet faktisk blir nådd. Walzers advarsel gir anledning til å spørre om den individuelle rasjonalitet, som den negative organisasjonsfrihet appellerer til, er tilstrekkelig til å sikre arbeidstakerne på det ”grå arbeidsmarked”, eksempelvis blant de arbeidsgivere som ikke er medlem av noen arbeidstakerorganisasjon. På samme måte kan en spørre om ikke en plikt for utenlandske gjestearbeidere til å være med i en nasjonal fagforening kunne trygge deres arbeidsvilkår. På denne måten kan organisasjonspliktklausuler, som i utgangspunktet er til hinder for den personlige autonomi, også fremme individenes autonomi.

Kritikken mot Domstolens argumentasjon kan imidlertid møte seg selv i døra. Er det ikke nettopp kritikken mot autonomihensynet som blir utpreget paternalistisk? Bør ikke arbeidstakerne selv kunne avgjøre hva som best ivaretar deres autonomi? Blir individenes autonomi ivaretatt når de lovlig kan presses inn i en fagforening mot sin vilje, selv om argumentet er at det er til deres eget og fellesskapets beste? Slik jeg ser det, taler hensynet til den individuelle verdighet og integritet

²⁵⁵ Michael Walzer: ”On Involuntary Association” i Amy Gutman (red): *Freedom of Association*. Princeton 1998. s 64.

sterkest for å sette individet, dets utvikling og valgmuligheter i sentrum. Det blir da vanskelig å forsvare at den enkelte ikke selv skal kunne bestemme over sin egen fagforeningstilknytning.

8.3.2 Demokrati

Demokrati betyr ordrett folkestyre eller flertallsstyre. Direkte demokrati forekom i antikkens Hellas og Roma, der alle frie borgere kunne være med å treffe beslutninger i folkeforsamlingen.²⁵⁶ I moderne tid forekommer utslag av tanken om direkte demokrati eksempelvis ved folkeavstemninger.²⁵⁷ Indirekte eller representativt demokrati er det vanlige i dagens Europa. Befolkningen lar seg representere av valgte representanter i ulike fora hvor politiske beslutninger fattes. Folkestyret utøves gjennom representanter i nasjonalforsamlinger, kommunestyrer m.m.²⁵⁸

Demokratihensynet er et sentralt formål bak EMK, og en av de underliggende verdier som konvensjonen bygger på.²⁵⁹ I fortalen til EMK heter det at menneskerettigheter og friheter ”*are best maintained ... by an effective political democracy*”.²⁶⁰ Hensynet til demokrati kommer også til uttrykk flere andre steder i konvensjonen. I *Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark* uttalte Domstolen at konvensjonen er ”*an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society*”.²⁶¹ Uttalelsene kan ses på bakgrunn av fraværet av demokrati i enkelte tidligere regimer, eksempelvis i Nazi-Tyskland under Hitler eller Italia under Mussolini.

Selv om demokrati ikke er en egen rettighet etter EMK, er det den eneste politiske modell som er forenlig med konvensjonen. I *United Communist Part.y of Turkey m.fl mot Tyrkia* uttalte

²⁵⁶ I Norge var eksempelvis middelalderens ordning med lagting og lokale ting en form for direkte demokrati

²⁵⁷ I Sveits treffes eksempelvis mange politiske beslutninger på lokalplanet ved folkeavstemninger. Også i mange andre land treffes enkelte politiske beslutninger ved folkeavstemninger. Fra Norge er folkeavstemningene om medlemskap i EU (EF) et velkjent eksempel.

²⁵⁸ Denne formen for demokrati har lange røtter i England, og ble grunnlovfestet i USA i 1787 og i Frankrike i 1789, og senere i en lang rekke land. I Norge ble representativt demokrati innført ved Grunnloven av 1814. I Grunnloven § 49 heter det at ”Folket utøver den lovgivende Magt ved Stortinget”.

²⁵⁹ Jf. særlig *United Communist Part.y of Turkey and m.fl. mot Tyrkia*, dom 30. februar 1998, Reports 1998-I, avsnitt 45.

²⁶⁰ Jf. EMKs fortales fjerde preambuære setning.

²⁶¹ *Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark*, dom 7. desember 1976, Series A 23, avsnitt 53.

Domstolen at demokrati er *"the only political model contemplated by the Convention, and, accordingly, the only one compatible with it"*.²⁶² Menneskerettighetene, som EMK skal beskytte, kan ikke fungere uten et demokrati, og demokratiet vil være illusorisk uten rettslig bindende menneskerettslige normer.

Demokratihensynet er derfor et viktig formål, og har også vært det når Domstolen skal vurdere organisasjonspliktlausuler. Det er imidlertid først nødvendig å klargjøre den betydning EMD tillegger demokratibegrepet. Det finnes ulike forståelser av begrepet, og disse kan være innbyrdes motstridende, og komme i konflikt med andre grunnleggende konvensjonsverdier. Eksempelvis kan demokrati - oppfattet som den offentlige interesse slik den uttrykkes gjennom et flertallsstyre - lett komme i konflikt med så vel effektivitetsprinsippet som rettsstatsprinsippet.

Konvensjonsorganene definerte opprinnelig demokrati som motsetningen til et totalitært styresystem.²⁶³ Domstolen har imidlertid etter hvert lagt til grunn en langt videre forståelse av demokratibegrepet, som også innbefatter rettssikkerhetsgarantier for individene. Med andre ord inkluderes også rettsstatsprinsippet ("rule of law") i EMKs demokratibegrep.²⁶⁴ Demokrati, slik EMD forstår begrepet, kan eksempelvis innebære retten til å ytre sine meninger selv om flertallet misliker dem, retten til å delta i beslutningsprosesser og fremme sine synspunkter.²⁶⁵ Den frie politiske debatt kan sies å utgjøre et kjerneelement i Domstolens demokratiforståelse.²⁶⁶ I en rekke avgjørelser har domstolen understreket at demokrati karakteriseres ved verdiene *"pluralism, tolerance and broadmindedness"*.²⁶⁷ Disse verdiene er knyttet til det man kan kalle en "vid" demokratiforståelse som også omfatter et rom for minoriteter og enkeltindivider. Når Domstolen tolker konvensjonen i lys av formålet om å fremme demokratiet, er det altså en vid demokratiforståelse som legges til grunn.

²⁶² Avsnitt 45.

²⁶³ Susan Marks. *The European Convention on Human Rights and Its "Democratic Society"*. I: British Year Book of International Law. s. 211.

²⁶⁴ Se f.eks. *Klass med flere mot Tyskland*, dom 6. september 1978, Series A 28, avsnitt 55.

²⁶⁵ Jf. eksempelvis *Hatton mot Storbritannia*, dom 8. juli 2003, Reports 2003- VIII, avsnitt 122 og *Özgür Gündem mot Tyrkia*, dom 16. mars 2000, Reports 2000-III.

²⁶⁶ Jf. *Lingens mot Østerrike*, dom 8. juli 1986, Series A 103, avsnitt 42.

²⁶⁷ Jf. eksempelvis *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 49, *Dudgeon mot Storbritannia* dom 22. oktober 1981, Series A 45, avsnitt 53 og *Kokkinakis mot Hellas* dom 25. mai 1993, Series A 269, avsnitt 31.

På denne bakgrunn har visse rettigheter, og aspekter ved disse, blitt fremhevet som essensielle i et demokratisk samfunn. Særlig har EMD trukket frem artiklene 10 (ytringsfrihet) og 11 (foreningsfrihet og forsamlingsfrihet), og understreket den viktige rolle som politiske ytringer, frie media samt politiske foreninger og partier har i et demokrati.²⁶⁸ I *British Rail*-avgjørelsen fremhever Domstolen demokratihensynet når den uttaler:

*"Secondly, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position. Accordingly, the mere fact that the applicants' standpoint was adopted by very few of their colleagues is again not conclusive of the issue now before the Court".*²⁶⁹

Uttalelsen er et eksempel på at demokratihensynet uttrykkelig vektlegges av Domstolen i vurderingen av om den negative foreningsfriheten er vernet av konvensjonen. Hensynet til frie politiske ytringer, politiske foreninger og partier som er sentrale kjennetegn ved den "vide" demokratiforståelse blir også vektlagt i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*.

*Furthermore, regard must also be had in this context to the fact that the protection of personal opinions guaranteed by Articles 9 and 10 is one of the purposes of the guarantee of freedom of association, and that such protection can only be effectively secured through the guarantee of both a positive and a negative right to freedom of association.*²⁷⁰

Domstolen anvender altså det "vide" demokratihensynet som et argument for å utvide konvensjonsvernet på den negative foreningsfrihetens område.

Er Domstolens praksis egnet til å ivareta demokratihensynet?

Det kan spørres om Domstolens synspunkt på utstrekningen av den negative foreningsfrihet er egnet til å ivareta demokratihensynet. Svaret er neppe opplagt.

²⁶⁸ Som eksempel kan nevnes henholdsvis *Castells mot Spania*, dom 23. april 1992, Series A 236, avsnitt. 42, *Vgt. verein gegen Tierfabriken mot Sveits*, avsnitt. 66 og *United Communist of Turkey m.fl mot Tyrkia*, avsnitt. 46.

²⁶⁹ Avsnitt 63.

²⁷⁰ Avsnitt 54.

Det er på det rene at demokratihensynet kan ha en tvetydig stilling i forhold til det spenningsforhold som eksisterer mellom skjønnsmarginlæren og effektivitetsprinsippet.²⁷¹ På den ene siden kan hensynet snevre inn statenes spillerom fordi den aktuelle rettigheten, eller aspektet ved rettigheten, har stor betydning for individets demokratiske frihet. Slik tilfellet nettopp er for den negative foreningsfriheten. Samtidig kan en nok si at nasjonale myndighetsorganer har en mer direkte demokratisk legitimitet enn EMD. Demokratihensynet kan derfor også - der vurderingene griper inn i komplekse politiske prioriteringer - tale for en vid skjønnsmargin, og samtidig et begrenset rom for effektiv formålstolkning.

Motstandere av organisasjonspliktklausuler kan argumentere med at slike klausuler fremstår som demokratisk betenkelige. Et sterkt vern om den negative foreningsfrihet kan bidra til at nye organisasjoner oppstår, og får sine medlemmers meninger hørt. Individene får økte muligheter til å melde seg inn i fagforeninger i overensstemmelse med egen verdensanskuelse. Dette er en viktig del av den "vide" demokratiforståelse som Domstolen legger til grunn. Sikring av den negative foreningsfrihet kan, sett på denne måten, samtidig innebære styrking av en sentral komponent i demokratiet. Demokratihensynet kan av disse grunner tale for en fortolkning av EMK hvor den negative foreningsfrihet gis et sterkt vern, og organisasjonspliktklausuler ikke kan opprettholdes.

Demokratihensynet kan også støtte opp om opprettholdelsen av et system som tillater organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet. Flere argumenter kan her trekkes frem.

For det første kan demokratihensynet tale for opprettholdelsen av organisasjonspliktklausuler hvis de demokratiske organer, typisk lovgiver, i medlemsstatene uttrykkelig har ønsket å opprettholde systemet. Demokratihensynet kan på denne måten lett komme i konflikt med effektivitetsprinsippet. Argumentet var fremme i *Sørensen og Rasmussen mot Danmark*. Spørsmålet om organisasjonspliktklausuler hadde i lang tid vært gjenstand for ideologisk strid i Danmark. Folketinget hadde ved flere anledninger tatt stilling til spørsmålet om organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet, og konkludert med at disse burde opprettholdes

²⁷¹ Se også avhandlingens kapittel 7.7.

etter en bred politisk behandling.²⁷² Når Domstolen likevel konstaterte krenkelse, kan en hevde at dette står i motstrid til, og ikke fremmer, demokratihensynet. Folketinget har utvilsomt større demokratisk legitimitet i Danmark enn Domstolen i Strasbourg.

For det annet er den positive foreningsfrihet fundamental i et demokrati. Som jeg allerede har vært inne på i kapittel 7.4, kan organisasjonspliktklausuler bidra til å realisere den positive fagforeningsfrihet. Fagforeningene står sterkest, og er best egnet til å ivareta arbeidstakernes interesser, dersom alle arbeidstakere ved samme arbeidsplass er med i samme fagforening.²⁷³ Den positive fagforeningsfrihet er slik sett en sentral komponent for å ivareta demokratiet. Den sikrer at arbeidstakerne som gruppe effektivt kan få sine meninger og interesser hørt. På denne måten er også verdier som kollektivism og solidaritet forankret i foreningsfriheten og demokratihensynet. Demokratihensynet kan derfor, sett fra denne synsvinkel, tale for at organisasjonspliktklausuler på arbeidsmarkedet skal være tillatt, i det minste i en viss utstrekning. Fra denne synsvinkel taler demokratihensynet for et mer begrenset vern av den negative foreningsfrihet.

Denne gjennomgangen viser at demokratihensynet er en tvetydig størrelse i forhold til problemstillingen om organisasjonspliktklausuler i forhold til den negative foreningsfrihet. Om demokratihensynet taler for et sterkt eller svakt vern av den negative foreningsfrihet, og om Domstolens praksis på området faktisk fremmer demokratihensynet, kan neppe vurderes generelt. Spørsmålet vil i stor grad avhenge av de nærmere omstendighetene i de konkrete saker. Imidlertid er det etter min oppfatning svakt grunnlag for å anføre demokratihensynet til støtte for en utvidende tolkning av EMK art. 11 i situasjoner der de demokratiske valgte organer i medlemsstatene uttrykkelig har ønsket å opprettholde systemet med organisasjonspliktklausuler.

8.4 Oppsummering

Enkelte av de grunnleggende formål og verdier EMK bygger på kan sies å ha vært sterkt medvirkende for Domstolens praksis hvor den negative foreningsfrihet, gjennom prinsippene om

²⁷² Avsnitt 68-69.

²⁷³ Se kapittel 7.4.

effektiv og dynamisk tolkning, er gitt et sterkt utvidet vern etter EMK art. 11 sammenlignet med den opprinnelige rettstilstand. Særlig har hensynet til individenes autonomi samt demokratihensynet vært viktig. Slik jeg ser det, fremmer nok Domstolens praksis hensynet til autonomi, selv om også dette kan problematiseres. Hensynet til den individuelle verdighet taler etter min oppfatning for å sette individet, dets utvikling og valgmuligheter i sentrum. Dette har Domstolen gjort gjennom sin praksis. Imidlertid mener jeg det er langt mer problematisk å si at Domstolens praksis på dette området fremmer demokratihensynet. Særlig gjelder dette der de demokratiske organer i medlemsstatene uttrykkelig har ønsket å opprettholde systemet med organisasjonsplikt-klausuler.

9 Avslutning

Denne avhandlingen har vist at den negative foreningsfrihet nå i betydelig grad er anerkjent som beskyttet etter EMK art. 11. Dette til tross for at denne rettighet bevisst ble utelatt fra konvensjonen da EMK ble fremforhandlet. Fravikelsen av ordlyd og de kontraherende staters dokumenterte forutsetninger representerer et unntak fra det rettslige hovedsynspunkt at nye rettigheter - det vil si rettigheter som ikke var inkludert da konvensjonen ble vedtatt - ikke kan leses inn gjennom dynamisk konvensjonstolkning.²⁷⁴

Rettsendringen på området for den negative foreningsfrihet under EMK kan retts teknisk best forklares med Domstolens vektlegging av effektivitetsprinsippet og prinsippet om dynamisk tolkning. Disse prinsipper har i Domstolens praksis på dette området fått gjennomslag på bekostning av statenes behov for å opprettholde utgangspunktet om at det er de, og ikke EMD, som skaper nye konvensjonsrettigheter.

Rettstilstanden i dag – selv om den ikke er avklart, i alle henseender - innebærer at nasjonal opprettholdelse av et system som tillater organisasjonspliktklausuler i stor utstrekning vil kunne komme i konflikt med bestemmelsens krav til statlig gjennomføring av den negative foreningsfrihet. Dette gjelder uavhengig av om organisasjonspliktklausulen er inngått ved avtale mellom en eller flere fagforeninger og arbeidsgiver, eller om organisasjonsplikten er pålagt bestemte yrkesutøvere ved lov. Statene er i stor utstrekning folkerettslig forpliktet etter traktaten til å forby organisasjonspliktklausuler, og til selv å avstå fra å kreve organisasjonsplikt for bestemte yrkesutøvere.

Forutsetningen er likevel at den aktuelle fagforening anses som en ”forening” i relasjon til art. 11. En del fagforeninger som har et ”offentligrettslig” preg vil falle utenfor konvensjonsvernet. I tiden fremover kan vi trolig forvente en debatt om ulike nasjonale profesjonsorganisasjoner for

²⁷⁴ Jf. kapittel 8.2.2.

blant annet advokater, leger og tannleger kan anses som ”foreninger” i relasjon til art. 11. En kan ikke utelukke at slike saker også kan komme for Domstolen. Hittil har EMD avgjort slike spørsmål etter utpreget konkrete vurderinger.

Selv om et nasjonalrettslig system som selv anvender eller godkjenner bruk av organisasjonspliktklausuler i stor utstrekning vil stride mot art. 11, kan det tenkes unntak. Enkelte organisasjonspliktklausuler er så vidt lite inngripende at EMK art. 11 ikke kommer til anvendelse.²⁷⁵ Det kan også tenkes at nasjonal bruk av eller toleranse for organisasjonspliktklausuler som i utgangspunktet utgjør inngrep i art. 11 første ledd likevel kan opprettholdes som ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Forutsetningen er i så fall at staten anfører en begrunnelse som overbeviser Domstolen om at organisasjonsplikt er nødvendig for å ivareta de offentlige formål staten påberoper seg. Praksis har vist at Domstolen ikke er tilbakeholden med å overprøve de nasjonale vurderinger på dette området. Statene er således pålagt en tung argumentasjonsbyrde. Hvis ikke statene makter å overbevise Domstolen om at de formål den påberoper virkelig ikke kan oppnås uten bruk av organisasjonspliktklausuler vil Domstolen konstatere krenkelse av art. 11.

Rettsutviklingen på området for den negative foreningsfrihet har også betydning for norsk rett. Reglene i den nye arbeidsmiljøloven kapittel 13 må tolkes i lys av Domstolens praksis etter EMK art. 11, på den negative foreningsfrihets område.²⁷⁶ Rettstilstanden bør etter min oppfatning forstås slik at organisasjonspliktklausuler som hovedregel vil være i strid med menneskerettsloven og dermed ikke kunne ha rettslig virkning etter sitt innhold. Unntak kan likevel muligens tenkes. Forutsetningen må i så fall være at spesielle forhold gjør seg gjeldende. Det nærmere innhold av eventuelle unntak lar seg vanskelig fastsette generelt, men vil avhenge av de konkrete omstendigheter i den enkelte sak.

²⁷⁵ Slik situasjonen blant annet var i *Sibson mot Storbritannia*. Sibson hadde ingen holdningsmessige motforestillinger mot fagforeningsmedlemskap, og han ble tilbudt tilsvarende arbeid til tilsvarende betingelser innenfor arbeidsgivers organisasjon.

²⁷⁶ Jf. Kapittel 3.3.

Litteraturliste

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen 1995.

Agell, Anders m.fl. *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden*. Stockholm 1999.

Arai-Takahashi, Yutaka. *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerp-Oxford-New York 2002.

Aschehoug, Marit. *Obligatorisk medlemskap blir forbudt*. Advokatbladet. Nr 2 2006 s 12-14.

Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 8 utgave, Oslo 1998.

Bernhardt, Rudolf. *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*. I: German Yearbook of International Law, Vol. 42. 1999. s. 11-25.

Bernhardt, Rudolf, *Comparative law in the interpretation and application of the European Convention on Human Rights*. I: Mainly human rights: studies in honour of J.J. Cremona. 1999. s. 33-40.

Berenstein, Alexandre og Mahon, Pascal, *Labour Law in Switzerland*. Haag 2001.

Brems, Eva. *The Margin of Appreciation in the Case-law of the European Court of Human Rights*. I: Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht Vol. 56 (1996), s. 240-314.

Bresler, Robert *Freedom of Association*. Santa Barbara – Denver – Oxford 2004.

Clapham, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford 1993.

Clapham, Andrew. *The 'Drittwirkung' of the Convention*. I: The European System for the Protection of Human Rights. Redigert av Ronald. St. J. Macdonald, Franz Matscher og Herbert Petzold. Dordrecht-Boston-London 1993.

Clayton, Richard og Tomlinson, Hugh. *The Law on Human Rights*. Oxford 2000.

Dalberg-Larsen, Jørgen. ”*International Labour Law and National Legal Cultures*. I: Rüdiger Voigt (red): *Globalisering des Recht*. Baden-Baden 2000.

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter*. 2. utgave. Stockholm 2002.

van Dijk, P. og van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 3. utgave. Haag 1997.

Dröge, Cordula. *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*. summary s. 379-392. Berlin 2003.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2000.

Elgesem, Frode. ”*Talking av EMK- Menneskerettsdomstolens metode*”. I: *Lov og Rett*, nr. 4/5 2003 s. 203-231.

Emberland, Marius. *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*. Oxford 2006.

Emberland, Marius. *Retorikk og realiteter: Norsk menneskerettighetsdebatt på et sidespor?* Oslo 2006.

Evju, Stein. *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*. Oslo 1982.

Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 6. utgave Oslo 1998.

Frowein og PeukeRt *Europäische Menschenrechtskonvention*. 2. utgave. Kehl am Rein 1996.

Frowein, J.A. *Human Dignity in International Law*. I Kretzmer, D og Klein, E (red) *The Concept of Dignity in Human Rights Discourse*. Haag 2002.

Grewe, Constance. *Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäische Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*. I: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*; vol. 61, s. 459-471, 2001.

Gray, John. *The Moral Foundations of Market Institutions*. Oxford 1992.

Harris, O'Boyle og Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*. London 1995.

Helset og Stordrange, *Norsk statsforfatningsrett*. Oslo 1998.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale Menneskerettigheter*. Oslo 2003.

Jacobs og White. *The European Convention on Human Rights*. Oxford 2002.

Janis m.fl. *European Human Rights Law*. Oxford 2002.

Leader, Sheldon. *Freedom of Association*. London 1992.

Lorenzen m.fl., *Den Europeiske Menneskeretskonvention*. 2. utgave. København 2003.

Mahoney, Paul. "Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin", s. 60-85. *Interpretation consensuelle et interpretation evolutive* Rigaux, Francois/ In: *L'interpretation de la Convention europeenne des Droits de L'homme: actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*.

Marks, Susan. *The European Convention on Human Rights and Its "Democratic Society"*. I: *British Year Book of International Law*. S. 209 flg. London 1996.

Martin Valverde, Antonio: *European Employment and Industrial Relations Glossary: Spain*. London 1991.

Matscher, Frantz. *Methods of Interpretation of the Convention*. I: Macdonald m.fl. The European system for the Protection of Human Rights. s. 63-83. Haag 1993.

Mill, John Stuart. *On liberty*. I: Hugh S. R. Elliot. The Letters of John Stuart Mill – Vol. 1. London 1910.

Mirmothari, Amir: *Statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (Universitetet i Oslo) (studentavhandling 2005).

Morsink, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*. Philadelphia 1999.

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*. Oslo 2003.

Mæland, *Demonstrasjoner og politiet*, I: Stat, politikk og folkestyre. - Festskrift til Per Stavang, Bergen 1998.

Oftedal Broch, Lars *Skjønnsmarginen i nyere praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol*. I: Lov og Rett nr 5-6 2005. s. 259-282.

Opsahl, Torkel. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo 1996.

Ost, Francois. *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*. I: Mireille Delmas-Mart.y (red): The European Convention for Protection of Human Rights, International Protection versus national Restrictions, Dordrecht 1992, s 283-318.

Prebensen, Søren,. *Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*. s. 1123-1137 I: Mahoney m.fl. *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Studies in memory of Rolv Ryssdal. Köln 2000.

Rehof og Trier, *Menneskerett*, København 1990.

Ruud, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. *Utvalgte emner i folkerett*, Oslo 1997.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. Oslo 1998.

Ryssdal, Rolv. *The Future of the European Court of Human Rights*. I: *International and Comparative Law Quarterly*, 1990.

Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. 2. utgave. Manchester 1984.

Starmer, Keir. *Positive Obligations Under the Convention*. I: *Understanding Human Rights Principles*, s. 139-161. Redigert av Jeffrey Jowell og Jonathan Cooper. Oregon, 2001.

Stokke, Torgeir Aarvaag, Stein Evju og Hans Otto Frøland. *Det kollektive arbeidslivet*. Oslo 2003.

Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*. I: *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s 135 flg.

van Dijk, Pieter. *Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still 'Masters' of the Convention?* I: *The Role of the Nation-State in the 21st Century*. s.17-33 Redigert av Monique Castermans-Holleman, Fried Van Hoof og Jacqueline Smith. Haag 1998.

Walzer, Michael. *On Involuntary Association*. I: Amy Gutman (red): *Freedom of Association*. Princeton 1998.

White, Stuart. *Trade Unionism in a Liberal State*. I: Amy Gutman (red): *Freedom of Association*. Princeton 1998.

Wildhaber, Luzius. *Precedent in the European Court of Human Right. Protecting Human Rights*. s.1529-1545. I : The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal. Kølñ 2000.

Lover:**Norge**

Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1.

Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr. 2.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.

Finland

Den finske Grunnlov.

Danmark

Lov om beskyttelse mod avskjedigelse i foreningsforhold av 9. juni 1982 med endringer av 13. juni 1990 (foreningsfrihetsloven).

Forarbeider:**Norge**

NOU 1992:26 En nasjonal strategi for økt sysselsetting i 1990-årene

NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter

Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Ot.prp.nr.104 (2002-2003) Endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Danmark

Betænkning nr. 1419 Udvalget om Eksklusivbestemmelser. Beskæftigelses-ministeriet. København, juni 2002.

EMK

Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”, vol.I.

Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires”, vol. IV.

Hovedavtaler:

Hovedavtale LO-NHO

Hovedavtale NAFO

Hovedavtale YS-NHO

Konvensjoner og andre folkerettslige tekster:

Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. 4. November 1950.

Norsk tittel: Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), av 4. november 1950.

Universal Declaration of Human Rights. 10. December 1948.

Norsk tittel: FNs Menneskerettighetserklæring (Verdenserklæringen), av 10. desember 1948.

Vienna Convention on the law of treaties. 23. May 1969.

Wien-konvensjonen om traktatretten, av 23. mai 1969.

Statue of the International Court of Justice. 26. June 1945.

Norsk tittel: Statuttene for Den Internasjonale Domstol (ICJ), av 26. juni 1945.

The European Social Charter, 18. October 1961.

Norsk tittel: Den europeiske sosialpakten, av 18. oktober 1961.

The revised European Social Charter, 3. May 1996.

Norsk tittel: Den reviderte europeiske sosialpakt, av 3. mai 1996.

ILO Convention no. 87. Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention. 9. July 1948.

Norsk tittel: ILO-konvensjonen nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsfriheten, av 9. juli 1948.

ILO Convention no. 98. Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention. 1. July 1949

Norsk tittel: ILO-konvensjonen nr. 98 om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger av 1. juli 1949.

Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. 9. December 1989.

Norsk tittel: Fellesskapspakten om arbeidstageres grunnleggende arbeidsmessige og sosiale rettigheter, av 9. desember 1989.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union. 7. December 2000

Norsk tittel: EUs grunnrettighetscharter, av 7. desember 2000.

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt 1994 s. 610 (Bølgepapp)

Rt 1997 s.1821

Rt 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt 2001 s. 248 (Olderdalen)

Rt 2001 s. 1006

Rt 2001 s.1016

Rt 2001 s. 1413 (Norsk Folkehjelp)

Rt 2002 s. 557 (Dobbeltstraff)

Dommer fra EMD:

Airey mot Irland, 09. oktober 1979, Series A 32.

Al-Adsani mot Storbritannia, 21. november 2001, Reports 2001-XI.

Appleby m.fl. mot Storbritannia 06. mai 2003, Reports 2003-VI.

Bowman mot Storbritannia, 19. februar 1998, Reports 1998-I.

Brogan m.fl. mot Storbritannia, 29. november 1988, Series A 145-B.

Castells mot Spania, 23. april 1992, Series A 236.

Chassagnou m.fl. mot Frankrike, 29. april 1999, Reports 1999-III.

Christine Goodwin mot Storbritannia, 11 juni 2002, Reports 2002-VI

Cruz Varas m.fl. mot Sverige, 20. mars 1991, Series A 201.

Dudgeon mot Storbritannia, 22. oktober 1981, Series A 45.

Fogarty mot Storbritannia, 21. november 2001, Reports 2001-XI.

Golder mot Storbritannia, 21. februar 1975, Series A-18.

Guerra m.fl. mot Italia, 19. februar 1998, Reports 1998-I

Gustavsson mot Sverige, 25. april 1996. Reports 1996-II, 22 EHRR 409.

Handyside mot Storbritannia, 07. desember 1976, Series A 24.

Hatton m.fl. mot Storbritannia, 08. juli 2003, Reports 2003- VIII.

Johnston m.fl. mot Irland, 18. desember 1986, Series A 112.

Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark, 07. desember 1976, Series A 23.

Klass m.fl. mot Tyskland, 06. september 1978, Series A 28.

Kokkinakis mot Hellas, 25. mai 1993, Series A 269.

Le Compte, Van Leuven og De Meyere mot Belgia, 23. juni 1981, Series A 43.

Liengens mot Østerrike, 8. juli 1986, Series A 103.

Marckx mot Belgia, 13. juni 1979, Series A 31.

Murphy mot Irland, 10. juli 2003, Reports 2003-IX.

Nuutinen mot Finland, 27. juni 2000, Reports 2000-VIII.

Olsson mot Sverige, 24. mars 1988, Series A 130.

Otto-Preminger-Institut mot Østerrike, 20. september 1994, Series A 295-A.

Özgür Gündem mot Tyrkia, 16. mars 2000, Reports 2000-III.

Plattform Ärzte für das Leben mot Østerrike, 21. juni 1988, Series A 139.

Pretty mot Storbritannia, 29. april 2002, Reports 2002-III.

Refah Partisi (the Welfare Party) m.fl. mot Tyrkia, 13. februar 2003, Reports 2003-II.

Sigurdur A. Sigurjónsson mot Island, 30. juni 1993, Series A 264.

Stjerna mot Finland, 25. november 1994, Series A 299-B.

Soering mot Storbritannia, 07. juli 1989, Series A 161.

Sunday Times mot Storbritannia, 26. april 1979, Series A 217.

Sørensen og Rasmussen mot Danmark, dom av 11. januar 2006, upublisert.

Tyrer mot Storbritannia, 25. april 1978, Series A 26.

United Communist Party of Turkey m.fl. mot Tyrkia, 30 januar 1998, Reports 1998-I.

VgT Verein gegen Tierfabriken mot Sveits, 28. juni 2001, Reports 2001-VI.

Wingrove mot Storbritannia, 25. november 1996, Reports 1996-V.

X og Y mot Nederland, 26. mars 1985, Series A 91.

Young, James og Webster mot Storbritannia, 13. august 1981, Series A 44 (British Rail).

Z mot Finland, 25. februar 1997, Reports 1997-I.

Avvisningskjennelser fra EMD:

Bankovic m.fl. mot Belgia m.fl. 12. desember 2001, Reports 2001-XII.

Evaldsson m.fl mot Sverige, 28. mars 2006, upublisert.

Avgjørelser fra kommisjonen:

Cheall mot Storbritannia. 8 European Human Rights Reports 45, 1980.

Praksis fra Ekspertkomiteen (Den europeiske sosialpakt):

Governmental Committee of the Social Charter, 19th report 2000:525.

Council of Europe, Appendix to Resolution ResChS(2003)1.

Ekspertkomiteens Conclusions X-1, Storbritannia.

Ekspertkomiteens Conclusions XVI-1 vol. 1 2002.

Klagesak nr. 12/2002 *The Confederation of Swedish Enterprise mot Sverige*. 15.mai 2003. vol 2 (2001 – 2003).

Ekspertkomiteens Conclusions 2004.

